



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Facoltà di Giurisprudenza

**IL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO
D'APPELLO: OGGETTO E FUNZIONE**

DOTT. MARCO COLETTA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

XXIX CICLO

Relatore

CHIAR.MO PROF. V. CERULLI IRELLI

a.a. 2015/2016

*L'appello ha una finalità pratica,
dovuta alla convinzione che la possibilità dell'errore
è una componente inevitabile dell'operare umano
e alla conseguente necessità di un controllo di quella attività
fra tutte difficile e fallibile
che consiste nel giudicare la condotta degli uomini nella società.*
(E.T. Liebman)

Alla mia famiglia

INDICE

CAPITOLO I – Principio del doppio grado di giurisdizione e genesi del giudizio d'appello nel processo amministrativo.

1.	Introduzione.	1
2.	Il principio del doppio grado di giurisdizione.	2
3.	Realizzazione parziale del doppio grado di giurisdizione nei moderni ordinamenti processuali dovuta all'assorbimento delle azioni di impugnativa all'interno dei mezzi di gravame.	8
4.	Sul discusso fondamento razionale del doppio grado di giurisdizione.	18
5.	Genesi dell'appello nel processo amministrativo.	24
6.	Il nuovo assetto della giurisdizione amministrativa nella Costituzione e la particolare dimensione costituzionale del doppio grado nel processo amministrativo.	28
7.	La generalizzazione del gravame per effetto della l. n. 1034/1971.	35
8.	Codificazione del processo amministrativo ed attualità dell'opera di integrazione analogica.	41

CAPITOLO II – L'oggetto dell'appello amministrativo

1.	Premessa.	45
2.	Funzione e contenuto dei motivi di ricorso.	48
3.	Funzione e contenuto dei motivi di ricorso in primo grado.	49
4.	Funzione e contenuto dei motivi di ricorso in appello.	58

4.1.	Oggetto e funzione del giudizio d'appello nel caso di motivi di gravame aventi una mera funzione individuatrice del <i>quantum appellatum</i> .	59
4.2.	Oggetto e funzione del giudizio d'appello nel caso di motivi di gravame aventi "funzione esplicativa".	62
5.	Funzione e contenuto dei motivi d'appello nella giurisprudenza antecedente al Codice del processo amministrativo.	70
6.	Funzione e contenuto dei motivi d'appello nell'impianto del Codice del processo amministrativo. Elementi a sostegno della tesi per la quale la cognizione del giudice dell'appello è rivolta direttamente alla sentenza impugnata e solo in via mediata al rapporto controverso sul quale ha statuito il giudice di primo grado.	74

CAPITOLO III - Ampiezza del *thema decidendum* nel giudizio d'appello.

Sezione Prima

La cognizione nel giudizio d'appello tra devoluzione automatica ed iniziativa di parte.

1.	Delimitazione dell'ambito entro il quale si esercita la <i>cognitio causae</i> : principio dispositivo ed effetto devolutivo.	81
2.	Il capo di sentenza come limite e misura dell'effetto devolutivo.	85
2.1.	(Segue): l'individuazione del capo di sentenza alla luce del fenomeno del giudicato interno e del concetto di soccombenza.	92
3.	Struttura della <i>cognitio causae</i> nel giudizio di secondo grado.	103

4.	La <i>cognitio causae</i> del giudice d'appello in relazione alle questioni introdotte dalle parti in primo grado e sulle quali il giudice non abbia pronunciato espressamente.	111
4.1.	(Segue): riproposizione delle eccezioni assorbite in primo grado. La particolare struttura della <i>cognitio causae</i> in appello nell'ipotesi di eccezioni in senso lato oggetto di assorbimento.	120
5.	Decisione implicita delle questioni di rito rilevabili d'ufficio in primo grado: aspetti controversi in tema di devoluzione automatica.	125
5.1.	(Segue): ancora sulla cognizione delle questioni di rito in appello. Il particolare regime della devoluzione delle questioni di giurisdizione e di competenza.	132
6.	Rilievi conclusivi in tema di effetto devolutivo ed implicazioni in tema di oggetto del giudizio d'appello.	134

Sezione Seconda

Il regime dello *ius novorum* nel giudizio di secondo grado.

1.	Incidenza dello <i>ius novorum</i> sulla funzione del giudizio d'appello.	137
2.	Il regime dei nova nell'appello amministrativo: apporto della dottrina e della giurisprudenza alla soluzione del problema prima del Codice.	140
3.	Il divieto di nuove domande in appello alla luce dell'art. 104, comma 1, c.p.a.. Caratteri generali della mutatio libelli ed individuazione delle specifiche ipotesi di non consentita modificazione della domanda.	149
3.1.	(Segue): caratteri generali dell' <i>emendatio libelli</i> ed individuazione delle specifiche ipotesi di modificazioni consentite della domanda.	162

4.	Presunti temperamenti, previsti <i>ex lege</i> , al divieto di nuove domande in appello.	170
5.	I motivi aggiunti in appello: la controversa natura giuridica dell'istituto nell'elaborazione dottrinale e le conseguenti ripercussioni sul divieto di nuove domande.	175
5.1.	(Segue): orientamenti della giurisprudenza sulla natura giuridica dei motivi aggiunti in appello. Ipotesi ricostruttiva dell'istituto e compatibilità di esso con il principio del doppio grado di giurisdizione.	186
6.	Il regime delle nuove eccezioni nel giudizio d'appello.	196
7.	Limiti all'ammissibilità di nuove prove in appello.	208
8.	Brevi riflessioni conclusive in punto di funzione del giudizio d'appello nei casi di apertura allo <i>ius novorum</i> .	220

CONCLUSIONI

1.	La sentenza resa all'esito del giudizio d'appello.	223
2.	Osservazioni conclusive circa l'oggetto e la funzione del giudizio d'appello.	234

BIBLIOGRAFIA	237
--------------	-----

CAPITOLO I
PRINCIPIO DEL DOPPIO GRADO DI GIURISDIZIONE E
GENESI DEL GIUDIZIO D'APPELLO NEL PROCESSO
AMMINISTRATIVO.

1. Introduzione.

Uno studio dedicato al tema dell'appello nel processo amministrativo può articolarsi attraverso differenti linee direttrici, a seconda della prospettiva di ricerca che si intenda perseguire.

Così, è possibile dedicarsi alla sola comprensione della disciplina positiva dedicata all'istituto in esame. Del pari, si può optare per l'approccio storico ovvero per quello comparatistico onde evidenziare analogie e divergenze con la normativa pregressa o con quella dedicata all'appello in altre esperienze processuali. Ancora, si può tentare una ricostruzione dell'istituto, come attualmente disciplinato *ex lege*, alla luce della teoria generale, e via di seguito.

L'opzione per l'una ovvero l'altra prospettiva non risulta precludere necessariamente le restanti. E tuttavia, una delimitazione del campo di indagine è nondimeno necessaria, tanto più in uno studio come il seguente, che non può né vuole ambire ad una compiuta trattazione di tutti gli aspetti sopra indicati.

Per tale ragione, pur dovendo riconoscere ai vari metodi speculativi una pari dignità scientifica, è bene avvertire fin d'ora che la presente ricerca, dedicata al tema dell'oggetto e della funzione dell'appello nel processo amministrativo, sarà improntata principalmente alla comprensione della rispettiva disciplina positiva, tenendo in debita considerazione le applicazioni di questa a livello

giurisprudenziale, e cercando di pervenire, contestualmente, ad una ricostruzione dell'istituto alla luce della teoria generale delle impugnazioni.

Tale impostazione sottende una precisa scelta di campo nello sviluppo dell'intero studio: quella di assicurare un contatto tra la teoria generale e la realtà normativa, giacché è solo attraverso il riscontro con i dati giuridici positivi che le elaborazioni teoriche possono conservare ovvero acquisire validità, ed è attraverso la compenetrazione tra la dimensione dogmatica e quella positiva che si può tentare di fornire un qualche contributo di chiarezza all'istituto dell'appello, come oggi disciplinato. L'ontologia dell'appello, infatti, può essere colta nella maniera più profonda attraverso un procedimento analitico, che muovendo dall'esame della disciplina legislativa di riferimento, delle applicazioni giurisprudenziali e dell'esegesi dottrinale conduca ad enucleare l'assetto strutturale dell'istituto in esame e, dunque, la sua intrinseca natura, anche in prospettiva teleologica.

2. Il principio del doppio grado di giurisdizione.

Seguendo il metodo anzidetto, risulta vieppiù comprensibile che l'indagine sul tema dell'appello, quand'anche incentrata sull'analisi della disciplina di cui l'istituto gode nel diritto positivo, non può prescindere da una preliminare riflessione dedicata al principio del *doppio grado di giurisdizione*, del quale l'appello costituisce, per antonomasia, il mezzo attraverso cui il principio in parola rinviene attuazione all'interno dell'ordinamento.

Non si vuol certo tentare in questa sede di esplorare componenti del principio rimaste celate agli studi dottrinali. Tanto si è scritto in materia di doppio grado, che un tentativo di tal fatta apparirebbe velleitario e riuscirebbe irrealizzabile.¹ È, al contrario, proprio dalle riflessioni decennali della dottrina

¹ La definizione teorica del modello del doppio grado di giurisdizione si trova enunciata solitamente in apertura delle trattazioni dedicate all'appello. Tra i numerosi contributi a riguardo, cfr. SERGES G., *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993; PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, in *Foro it.*, 1991, I,

che occorre prendere le mosse, non già, si badi bene, con l'intento di riportare asetticamente definizioni di teoria generale finì a sé stesse, bensì allo scopo di appurare se, ed in quale misura, il principio del doppio grado di giurisdizione rinvenga ancor oggi una fedele trasposizione nell'ordinamento positivo, ovvero debba piuttosto a quel principio guardarsi come a una chimera, confinato in una dimensione mitologica e del quale siano state ormai tradite dal legislatore le componenti essenziali.

In via preliminare si impone comunque un chiarimento di ordine concettuale, onde sgomberare il campo dell'indagine da eventuali equivoci circa l'origine del *doppio grado di giurisdizione*. L'espressione anzidetta non è infatti la risultante di un qualche enunciato normativo da rinvenire in una specifica disposizione,² ma si risolve in una costruzione concettuale che deve le origini agli studi della dottrina processualistica e, in specie, di quella processualciviltistica.

pp. 107 ss.; QUARANTA A., *Doppio grado di giurisdizione (principio del) (diritto processuale amministrativo)*, voce in *Enc. giur.*, Roma, XII, 1989; RICCI E.F., *Doppio grado di giurisdizione (principio del) (diritto processuale civile)*, voce in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988, pp. 1 ss.; LUISO F.P., *Appello nel diritto processuale civile*, voce in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, pp. 360 ss.; GALLO C.E., *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 315 ss.; ALLORIO E., *Sul doppio grado nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, pp. 317 ss.; FAZZALARI E., *Il doppio grado nella legge sui Tribunali amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, II, pp. 1900 ss.; STELLA RICHTER P., *Il giudizio di appello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pp. 1942 ss.; NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960; VELLANI M., *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 719 ss.; POTOTSCHNIG U., *Appello (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 781 ss.; CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, II, 5° ed., Roma, 1956, pp. 157 ss.; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, pp. 625 ss.; BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936, pp. 665 ss.; CALAMANDREI P., *Appello civile*, voce in *Enc. it.*, III, Roma, 1929, ora in *Opere giuridiche*, vol. VIII, a cura di CAPPELLETTI M., Napoli, 1979, p. 443; CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 976 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, sez. 1, Napoli, 1936, pp. 549 ss.; MORTARA L., *Appello civile*, voce in *Dig. It.*, III, 2, Torino, 1890, pp. 447 ss..

² In questi termini, SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1962, II, 2, p. 100, nella parte in cui si afferma che il «doppio grado di giurisdizione è una mera creazione dottrinale, che non ha nulla a che fare con l'ordinamento positivo».

Essa non designa dunque un istituto di diritto positivo del presente, e vana risulterebbe ogni ricerca del medesimo principio nelle codificazioni più risalenti.³

Trattasi piuttosto di un archetipo del pensiero,⁴ di un concetto astratto del quale servirsi come modello di comparazione con la disciplina positiva, sì da verificare punti di contatto e divergenze tra il paradigma in esame e le soluzioni contemplate *de iure condito*. Sotto tale specifico profilo, il doppio grado di giurisdizione rispecchia in un certo modo l'indole dei principi del diritto, i quali pur operando nel singolo sistema normativo lo trascendono e addirittura lo precedono, giacché dotati di una potenzialità e di una ricchezza ignota alle proposizioni legislative singolarmente considerate.⁵ Ad un'attenta lettura, tuttavia, l'assimilazione con i principi del diritto non può dirsi assoluta, laddove, se a questi ultimi si riconosce la natura di vere e proprie norme giuridiche,⁶ il canone del doppio grado risulta invece privo di quella immediata valenza precettiva necessaria ad innovare l'ordinamento o comunque a fornire modelli di condotta agli operatori giuridici.⁷ Esso presenta certo un valore classificatorio e descrittivo, ma non si è dinanzi ad un vero e proprio precetto giuridico bensì ad una linea di tendenza storica, ad un giudizio di valore politico.⁸

³ Né può sostenersi, come risulterà più chiaro nel prosieguo del lavoro, che il principio del doppio grado di giurisdizione si ponga nei confronti dell'appello in un rapporto di endiadi. Sul punto, può farsi rinvio a CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 240, il quale osserva che il principio del doppio grado «non costituisce punto una esigenza logica del giudizio di appello, ma una garanzia pratica del suo miglior risultato; pertanto il giudizio di appello potrebbe reggersi anche senza l'applicazione di tale principio, ma si reggerebbe meno bene, con minori garanzie di giustizia della decisione».

⁴ SATTÀ S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 9, attribuisce al doppio grado di giurisdizione la valenza di «un principio meramente politico, che può essere realizzato in molteplici modi». Ancor più netta la posizione di MORTARA L., *Appello civile*, cit., p. 457, il quale addirittura giunge a considerare il principio del doppio grado come una vera e propria finzione giuridica.

⁵ Su tale carattere dei principi giuridici, cfr. GROSSI P., *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, IV, pp. 921 ss.

⁶ Sulla possibilità di intendere i principi del diritto alla stregua di vere e proprie norme giuridiche e, più precisamente, di norme fondamentali o norme-base del sistema, cfr. CRISAFULLI V., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, I, p. 208.

⁷ In tal senso, RICCI E.F., *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, cit., pp. 1 ss..

⁸ RICCI E.F., *op. ult. cit.*, p. 3.

Tanto premesso, mette conto osservare che, dal punto di vista contenutistico, il doppio grado di giurisdizione può astrattamente essere inteso come quel principio che per ogni controversia consente di ottenere due successive statuizioni sulla medesima lite ad opera di due giudici diversi, la seconda delle quali statuizioni è destinata a prevalere sulla prima.⁹ Per utilizzare la definizione chiovendiana, ogni causa «deve poter passare per la piena cognizione di due tribunali successivamente».¹⁰

Restando alle elaborazioni della dottrina, sul piano processuale, la realizzazione del doppio grado di giudizio implica la legittimazione della parte soccombente in prime cure ad impugnare il provvedimento che abbia statuito sulla materia del contendere, onde poter ottenere un'integrale rinnovazione del giudizio ad opera di altro giudice, il quale deve avere a disposizione quel medesimo materiale prodotto nel processo di prime cure, facendo esercizio di una *cognitio causae* e di poteri decisorii della stessa ampiezza di quelli che al tempo ebbe ad esercitare il giudice *a quo*, affinché sia possibile ottenere una seconda e nuova statuizione in sostituzione della precedente.¹¹ Così inteso, il doppio grado di giurisdizione si sviluppa lungo una linea direttrice che dà luogo ad un giudizio di gravame con funzione interamente rinnovatoria, possibile sulla base della sola situazione di soccombenza e caratterizzato dal prodursi di un effetto devolutivo pieno che ripropone al giudice *ad quem* quegli stessi elementi di fatto e di diritto prodotti in primo grado,¹² vale a dire il rapporto controverso nella sua interezza.

⁹ RICCI E.F., *op. ult. cit.*; CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, II, cit., pp. 157 ss.; CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, cit., pp. 625 ss.; BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, cit., pp. 665 ss.

¹⁰ CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, sez. 1, cit., pp. 549 ss.

¹¹ RICCI E.F., *op. ult. cit.*, p. 2.

¹² Sul punto, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 272-273, secondo cui «il principio del doppio grado sembra esprimere niente altro che lo stesso fenomeno del trasferimento integrale davanti al nuovo giudice della controversia sul rapporto sostanziale di cui è stato investito il primo giudice». In tema, tra gli altri, anche RICCI E.F., *op. ult. cit.*, p. 2, il quale individua un'ulteriore dimensione del principio, in ragione della quale la statuizione di secondo grado, oltre a dover prevalere sulla prima come già evidenziato, dovrebbe essere sottratta ad un eventuale ed ulteriore gravame che rechi gli stessi connotati di quello appena descritto. È quindi avvertita l'esigenza che la nuova decisione goda di una specifica stabilità, tale da precluderne la rimozione dalla sfera del

Si diceva, coesistente allo schema del doppio grado di giurisdizione è il diritto riconosciuto alla parte (o alle parti) di ottenere due statuizioni successive sullo stesso rapporto controverso. In proposito, peraltro, una parte della dottrina (Ricci) ha precisato che i concetti di “prima” e “seconda” statuizione sul rapporto dedotto in giudizio possono non corrispondere ai provvedimenti emessi, in ordine cronologico, dal primo e dal secondo giudice aditi sulla medesima lite.¹³ In specie, si è ritenuto che se la statuizione sul rapporto controverso va intesa come quel provvedimento che decide sul merito della domanda giudiziale, non è da escludere che la prima decisione su quella domanda possa provenire dal secondo giudice. È quanto accade ad esempio, laddove in prime cure, il giudice, attestata la sussistenza di un impedimento processuale, si limiti a rendere una pronuncia di rito senza conoscere il merito della causa, ovvero allorquando, dichiarata assorbita una domanda in primo grado, questa venga riproposta in sede di gravame, sì da provocarne una prima statuizione di merito da parte del giudice *ad quem*.

Ebbene, in tutti questi casi, stando alla dottrina in commento, una rigida applicazione del principio del doppio grado di giurisdizione imporrebbe, in teoria, o la rimessione della causa al primo giudice, ovvero la possibilità di intentare un nuovo ed ulteriore gravame avverso la sentenza di merito resa dal secondo giudice, di guisa da poter ottenere due giudizi caratterizzati da una *cognitio* piena della controversia e due decisioni sul merito della stessa. In questo quadro, appare chiaro il significato della definizione chiovendiana riportata in precedenza, che, nell’individuare le implicazioni derivanti da un sistema processuale informato al principio del doppio grado, prospettava la necessità di assicurare «la piena cognizione di due tribunali successivamente».¹⁴ Insomma, affinché il principio del doppio grado trovi piena esplicazione in ogni suo

rilevante giuridico, mediante un *novum iudicium* che si articoli negli stessi termini del secondo grado. L’A. discorre, a tal proposito, di una “componente negativa del modello”, da contrapporre alla “componente positiva”, quest’ultima concretantesi nella presenza di un gravame sostitutivo, con effetto devolutivo pieno, e possibile in ragione della sola soccombenza.

¹³ RICCI E.F., *op. ult. cit.*, p. 3.

¹⁴ CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, sez. 1, cit., pp. 549 ss.

aspetto, dovrebbe aversi riguardo non solo al semplice susseguirsi di due decisioni all'interno del processo, bensì anche, se non addirittura soprattutto, alla completezza e all'oggetto della *cognitio causae* da cui origina ciascuna decisione.¹⁵

Tuttavia, aderendo ad un siffatto modello teorico sorgono alcuni problemi di rilievo pratico. *Quid iuris*, ad esempio, laddove il primo giudice abbia deciso rigettando istanze istruttorie, ritenute di converso ammissibili nel giudizio di seconda istanza? Deve in tal caso procedersi senz'altro ad un rinvio della causa dal secondo al primo giudice, o può, il giudice *ad quem*, pronunciare una decisione sul merito della lite quantunque propiziata da una più ampia istruzione della controversia? Da un punto di vista prettamente teorico, se il doppio grado di giurisdizione vuole davvero atteggiarsi ad irrinunciabile garanzia di giustizia, certo una tale garanzia risulterebbe di dubbia efficacia ove le decisioni emesse all'esito di ogni singolo grado fossero propiziate da una cognizione di diversa ampiezza. Quando si afferma che il giudice *ad quem* è chiamato ad un riesame della lite, occorre aver contezza della valenza semantica sottesa al concetto di

¹⁵ Si aggiunga che, secondo quanto sostenuto da RICCI E.F., *op. ult. cit.*, pp. 2 ss., la decisione di merito emessa dal primo giudice potrebbe ritenersi idonea ad esaurire il relativo grado di giudizio, purché validamente emessa in applicazione delle norme che regolano l'*iter* procedimentale per addivenire alla pronuncia della sentenza. In altre parole, la sussistenza di *errores in procedendo* in prime cure, invalidando la statuizione emessa dal giudice *a quo* sul merito della lite, porterebbe a considerare come prima e vera statuizione soltanto quella pronunciata dal secondo giudice. Sicché, nel caso di specie, si porrebbe l'alternativa tra il rinviare la causa al primo giudice ovvero ammettere, contro la decisione resa dal secondo giudice, un nuovo ed ulteriore gravame. È tuttavia palese l'errore di fondo nel quale incorre detta impostazione, laddove ritenendo che la sentenza invalida sia senz'altro inidonea a definire il relativo grado di giudizio, essa perviene ad un'indebita confusione tra l'invalidità del *decisum* e la sua totale mancanza. Da condividere, in tal senso, è invece l'opinione di FAZZALARI E., *Il doppio grado nella legge sui Tribunali amministrativi*, cit., p. 1903, il quale ritiene che il rinvio in prima istanza «s'impone soltanto nelle ipotesi in cui il controllo dei vizi formali riveli addirittura la mancanza dei presupposti della nuova decisione», e a tal proposito, richiama gli esempi della sentenza di prime cure giuridicamente inesistente, dell'erronea declinatoria di giurisdizione e della carenza di contraddittorio in primo grado. All'infuori delle ipotesi predette, il controllo dei vizi della pregressa fase giudiziale e la rinnovazione in appello degli atti viziati si atteggianno come mere operazioni strumentali ad una nuova pronuncia sul merito della causa, non costituendo esse il fine del gravame, di guisa che un eventuale rinvio in prime cure cozzerebbe con la matrice finalistica del doppio grado, perpetuando le pronunce del primo giudice e rinviando *ad infinitum* quella del secondo.

riesame, il quale sembra assai poco compatibile con un sistema nel quale il giudice del gravame possa fondare il proprio convincimento su elementi non considerati in prime cure. Talché, per tornare all'interrogativo sopra avanzato, se si aderisce ad un modello di doppio grado che postula il diritto della parte di ottenere due statuizioni di merito sullo stesso *thema decidendum*, emesse all'esito di processi nei quali i giudici hanno valutato gli stessi elementi di fatto e di diritto, dovrebbe derivarne, per il giudice del gravame, l'obbligo di rinviare la causa in primo grado a che questa possa fruire di un *decisum* emesso all'esito di una completa fase istruttoria.¹⁶ A conclusioni analoghe dovrebbe pervenirsi laddove il giudice superiore si trovi a dover decidere su domande assorbite in prime cure. Nel caso di specie, in difetto di una statuizione emessa dal primo giudice su quella determinata frazione della lite, non potrebbe esplicarsi alcuna attività di riesame nel giudizio di secondo grado, determinandosi così un *vulnus* alla piena realizzazione del doppio grado di giurisdizione e alla possibilità per la parte di fruire di due giudizi caratterizzati dalla medesima ampiezza della *cognitio causae*. Sicché il rinvio della causa al primo giudice risulterebbe l'unica opzione idonea ad assicurare un doppio esame della lite.

Si tratta di implicazioni tutto sommato coerenti con il principio di cui si discorre, ma che, è bene anticiparlo, non trovano riscontro nell'attuale ordinamento, nel quale si assiste piuttosto ad un progressivo distacco tra la disciplina che il legislatore dedica al giudizio d'appello ed il canone del doppio grado come appena configurato.

3. Realizzazione parziale del doppio grado di giurisdizione nei moderni ordinamenti processuali dovuta all'assorbimento delle azioni di impugnativa all'interno dei mezzi di gravame.

Finora si è prestata attenzione a quello che potrebbe definirsi come il modello ideale del principio del doppio grado di giurisdizione. Tuttavia, come

¹⁶ RICCI E.F., *op. ult. cit.*, p. 5.

pur si accennava in chiusura del precedente paragrafo, se quello appena descritto può intendersi, in grandi linee, come l'archetipo del principio in esame, non può negarsi che di quel paradigma non v'è traccia nel diritto positivo.¹⁷ La realizzazione del doppio grado negli ordinamenti moderni avviene infatti sempre ed esclusivamente in maniera parziale.¹⁸ Il che può spiegarsi laddove si consideri che i mezzi di gravame, ed in particolare il giudizio d'appello, quali strumenti attraverso cui si realizza il doppio grado di giurisdizione, sono venuti assumendo, man mano, una struttura profondamente diversa da quella teorizzata in tempi più risalenti da Calamandrei,¹⁹ smarrendo alcuni dei propri caratteri tipici ed impedendo al principio in esame di trovare piena esplicazione.

In specie, stando all'anzidetta teorizzazione, i c.d. mezzi di gravame – nell'ambito dei quali rientrerebbe l'appello – rappresenterebbero un *genus* del tutto contrapposto, per funzione e struttura, rispetto a quello delle c.d. azioni di impugnativa.

In tal senso, richiamando brevemente i risultati raggiunti dall'elaborazione di Calamandrei, successivamente ripresa anche da Nigro,²⁰ si osserva che, sotto il

¹⁷ PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, cit., § 7: «il nostro appello molto spesso non realizza affatto la possibilità di doppio esame delle questioni di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'esistenza o no del diritto fatto valere in giudizio, ma solo il doppio invito a pronunciare (conoscere) intorno alla medesima domanda».

¹⁸ Ciò risulterebbe spiegato, secondo autorevole dottrina, in ragione del fatto che il principio in esame «non ha una propria rilevanza ed un suo contenuto giuridici, se non per ciò che risulta dalla disciplina vigente». In questi termini, CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, pag. 113, il quale richiama in proposito le penetranti osservazioni di SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 100, che, riferendosi al doppio grado di giurisdizione, parla di «una elaborazione tecnica conseguente all'analisi dell'appello». L'osservazione anzidetta è stata ribadita altresì da POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir., Aggiorn.*, III, Milano, 1999, p. 153.

¹⁹ Cfr. CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, Firenze, 1915, ora in *Opere giuridiche*, vol. VIII, a cura di CAPPELLETTI M., Napoli, 1979, pp. 266-270.

²⁰ Sebbene risalga a Calamandrei l'individuazione del *discrimen* tra mezzi di gravame ed azioni di impugnativa, si deve a Nigro la distinzione tra i due strumenti in esame sotto il profilo della rispettiva funzione e struttura. Cfr., a riguardo, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 119-120. Per una critica della sistemazione proposta da Calamandrei, cfr. SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., pp. 9-10. CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, cit., pp. 486 ss.,

profilo della funzione, l'azione di impugnativa è volta ad eliminare il provvedimento – nel caso di specie, la sentenza – avverso la quale si propone l'impugnazione. Questa, in particolare, si dirige contro un atto pienamente efficace, e mira a distruggere gli effetti giuridici di quell'atto siccome viziato da un difetto di costruzione. I mezzi di gravame hanno invece la funzione di assicurare una nuova decisione del rapporto controverso e, più precisamente, una decisione giusta, attraverso un nuovo e completo esame della lite che dà luogo ad una rinnovazione del giudizio.

Dal punto di vista strutturale, il processo introdotto con l'azione di impugnativa presenta un oggetto sensibilmente diverso da quello del processo che ha dato luogo alla sentenza di primo grado, poiché il nuovo processo verte sul diritto ad ottenere la variazione di uno stato giuridico esistente, creato dalla sentenza impugnata, di cui si intende ottenere la rimozione dal mondo giuridico. In tal senso può affermarsi che l'oggetto del giudizio introdotto con l'azione di impugnativa verte essenzialmente sul provvedimento (*id est*: la sentenza) che si impugna, ed il giudice dell'impugnazione, attestata l'invalidità della sentenza, la rimuove con una pronuncia avente efficacia costitutiva. Sotto tale profilo, la sentenza oggetto di impugnazione si comporta come un qualsiasi altro atto giuridico (sia esso un contratto ovvero un provvedimento dell'Amministrazione).²¹ Essa, in quanto atto giuridico, è «vincolata all'osservanza del modulo normativo che ne disciplina la costruzione»,²² talché l'inosservanza delle regole che governano lo svolgimento del processo si traduce

nell'ambito del *genus* unitario dei rimedi contro gli atti processuali, distingue invece tra invalidazione ed impugnazione, a seconda che l'atto sia illegale o ingiusto e che sia destinato ad essere solo eliminato ovvero anche sostituito.

²¹ Sulle analogie tra la sentenza viziata per difetto di costruzione ed il negozio giuridico annullabile, cfr. CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., p. 255, ove l'A. rileva che in entrambi i casi si è in presenza di un atto giuridico, «il quale acquista, sì, esistenza giuridica, ma, per un vizio della sua formazione, è soggetto a perderla quando la parte interessata si adoperi per ottenerne la distruzione».

²² Così, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 118. In termini analoghi, SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 8, il quale discorre di una fattispecie legale che abbraccia tutte le regole del processo, la cui osservanza è condizione di validità per la sentenza.

in un vizio di costruzione della sentenza. Le azioni di impugnativa denunciano, appunto, vizi specifici della sentenza – i c.d. *errores in procedendo* e i c.d. *errores in iudicando* – e, ciò che più interessa, il diritto di impugnativa è inseparabile dal motivo di impugnativa, che costituisce lo strumento attraverso cui il vizio della sentenza è fatto valere in sede di impugnazione e può essere in tal modo conosciuto dal giudice adito.

Per contro, il mezzo di gravame può essere proposto indipendentemente dalla sussistenza di vizi all'interno del provvedimento giurisdizionale. La sola condizione necessaria a che possa farsi esercizio del diritto di gravame consiste nella situazione di soccombenza in cui versa la parte che vuol gravare la sentenza. Nel caso di specie, dunque, la sentenza contro cui si dirige il gravame viene in rilievo non già come un qualsiasi altro atto giuridico, bensì come giudizio, sottraendosi ad ogni qualifica in termini di validità o invalidità, e rilevando, invece, il carattere giusto o ingiusto della sentenza medesima.²³ Il gravame, pertanto, non si dirige contro l'atto giurisdizionale in sé, bensì propone al nuovo giudice il riesame completo della controversia decisa in prime cure, ed è in ciò che trova esplicazione il principio del doppio grado di giudizio. Nel processo così introdotto, il giudice esamina *ex novo* lo stesso oggetto (*id est*: il rapporto controverso) già caduto sotto la cognizione del primo giudice. A tal fine, peraltro, non occorre esplicitare specifici motivi di impugnazione, i quali, quand'anche proposti, rispondono ad una funzione meramente indirizzativa

²³ A tal riguardo, il concetto di ingiustizia viene inteso dal CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., p. 257, come del tutto contrapposto a quello di invalidità, laddove si afferma che «la ingiustizia della sentenza non può avere efficacia alcuna sulla sua validità», per poi aggiungere che «sarebbe illogico far dipendere la validità della sentenza dalla sua maggiore o minore giustizia: poiché la volontà di legge è solo quella che il giudice dichiara, non si può negare validità a tale dichiarazione perché non corrisponde alla vera volontà della legge, la quale, praticamente, non esiste se non attraverso la pronuncia del giudice». In senso contrario, rileva tuttavia CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 29, che «come matrice ispirativa dell'ordinamento, l'ingiustizia non si contrappone all'invalidità, poiché le nullità in cui questa consiste attengono a requisiti dal cui rispetto l'ordinamento vuole assicurare la giustizia della pronuncia. Sicché, se essi sono violati, il pericolo di ingiustizia appare assai prossimo. Questa possibilità di coincidenza tra ingiustizia ed invalidità si verifica, appunto, perché le due nozioni operano su piani diversi: su quello prelegislativo la prima, su quello tecnico-giurudico la seconda».

della cognizione del giudice. Questo può in tal guisa conoscere immediatamente e direttamente di tutti gli elementi, di fatto e di diritto, del rapporto controverso, senza considerare in alcun modo la decisione emanata nel precedente grado di giudizio.

Ebbene, sul piano logico la sopracitata distinzione è nettamente definita ed opera in maniera impeccabile. Del resto, è la stessa dottrina²⁴ a ricordare come vi siano stati rimedi storicamente riconducibili all'una ovvero all'altra delle due categorie: così per la *querela nullitatis*, ascrivibile alle azioni di impugnativa; così pure per l'appello, come concepito in origine, ascrivibile ai mezzi di gravame.

Non appena, tuttavia, si passa dalla dimensione dogmatica al piano del diritto positivo ci si avvede di come una tale distinzione sia soggetta a forti temperamenti,²⁵ laddove il mezzo di gravame, ed in particolare l'appello, è stato ed è tutt'ora utilizzato altresì per far valere vizi di costruzione della sentenza, i quali finiscono con l'essere considerati sintomi dell'ingiustizia del provvedimento.²⁶ Fenomeno, quello appena descritto, meglio indicato in dottrina come esercizio in via di gravame delle azioni di impugnativa o come conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame o, ancora, come assorbimento delle azioni di impugnativa all'interno dei mezzi di gravame.²⁷

Valga peraltro osservare che detto assorbimento ha fatto sì che alcune delle caratteristiche tipiche dell'impugnativa venissero ad influenzare la struttura dei mezzi di gravame, determinandosi in tal guisa una commistione di elementi

²⁴ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 120.

²⁵ Ciò che ha portato la successiva dottrina a dubitare della validità di una distinzione tra le azioni di impugnativa e i mezzi di gravame. Osservazioni critiche, in tal senso, si rinvencono in CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit. p. 15; BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 643, secondo cui «questa classificazione non è agevolmente applicabile al diritto positivo»; NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., ad avviso del quale «nel diritto moderno una distinzione siffatta non ha diritto di cittadinanza»; SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, pp. 345-346.

²⁶ A riguardo, CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., p. 230.

²⁷ Il fenomeno è stato messo particolarmente in rilievo da CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., pp. 271 ss.. CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, cit., pp. 486 ss., parla invece di «assorbimento della invalidazione nella impugnazione».

eterogenei propri degli uni e degli altri rimedi, in ragione della quale il giudizio d'appello si è progressivamente distaccato dallo schema del gravame puro e dal canone del doppio grado di giurisdizione come inteso in precedenza.²⁸

Possono darsi pertanto giudizi d'appello in cui si presentano con maggior vigore i caratteri tipici del gravame *stricto sensu*, e giudizi d'appello in cui risalta, per contro, la forma cassatoria del rimedio, a dimostrazione che la disciplina dell'appello non soggiace a rigidi schematismi concettuali, ma risponde piuttosto ad esigenze storiche, contingenti e mutevoli.

Si tratta di un rilievo da tempo acquisito nel panorama dottrinale. In particolare, richiamando le sagaci osservazioni di Nigro mette conto osservare che il processo di commistione tra gli elementi strutturali tipici dei gravami in senso stretto e delle impugnative può dar luogo a rimedi tra loro differenti, distinti oltre che sul piano strutturale anche su quello teleologico. Cosicché, secondo la costruzione concettuale da egli proposta, sarebbe possibile isolare gravami con funzione eliminatoria da quelli con funzione rinnovatoria, laddove, se è vero che tutti i mezzi di gravame tendono alla rimozione di una precedente pronuncia, nei primi detta rimozione rappresenta un momento centrale fine a sé stesso, mentre nei secondi la rimozione della pronuncia impugnata rappresenta solo una fase preliminare per passare ad una nuova soluzione della lite. Alla diversa funzione dei gravami si accompagnerebbe peraltro una diversità strutturale tra i vari rimedi. Così, nei gravami con funzione eliminatoria la critica della sentenza è vincolata, in quanto limitata a specifici vizi della pronuncia; la sentenza soggetta a gravame può produrre effetti giuridici anche in pendenza del giudizio di secondo grado; il controllo esplicato dal giudice del gravame sulla sentenza impugnata è limitato entro i confini definiti dai motivi di impugnazione. Per contro, nei gravami con funzione rinnovatoria la critica della sentenza è libera; la sentenza soggetta a gravame non produce effetti all'esterno del processo; il giudice di secondo grado riesamina integralmente la controversia in fatto e in diritto, con pienezza della *cognitio causae*, e la sentenza resa all'esito

²⁸ Ciò conferma l'esattezza del pensiero di MORTARA L., *Appello civile*, cit., p. 448, secondo cui l'appello «risente dell'influenza dei pregiudizi, dei tempi, e delle istituzioni dei popoli presso cui fu adottato, e viene poco a poco mutato indole e natura».

del giudizio di gravame si sostituisce in ogni caso a quella oggetto di impugnazione, non potendosi pertanto isolare un autonomo momento rescindente.

In questo quadro, per vero assai articolato, lo stesso Nigro segnala che il solo elemento strutturale indefettibile a che un rimedio possa intendersi come espressione di un gravame avente funzione rinnovatoria va ricercato nella *cognitio causae*, intesa come capacità del giudice di conoscere del rapporto controverso, ossia di accertare la fondatezza dell'una o più domande già avanzate in prime cure. Il che mette in risalto una certa connessione tra la dimensione strutturale del giudizio d'appello ed il profilo teleologico che lo caratterizza. Ciò non significa, d'altronde, che per il configurarsi di un gravame rinnovatorio la cognizione del giudice di secondo grado debba necessariamente investire ogni aspetto della lite, ovvero esplicitarsi a prescindere da una qualche critica delle parti rivolta alla sentenza di primo grado.²⁹ Invero, possono darsi limitazioni all'esercizio della *cognitio causae*, a patto che questa non risulti abolita *tout court* in luogo di un mero controllo di legittimità della pronuncia resa in prima istanza, determinandosi altrimenti il passaggio da una funzione rinnovatoria del giudizio ad una funzione eliminatoria della prima sentenza.³⁰

Sotto questo profilo non deve sorprendere pertanto che la funzione rinnovatoria del gravame ben possa coesistere con una sua forma "impugnatoria", vale a dire con elementi strutturali che si riscontrano tipicamente nel *genus* delle impugnative. Cosicché, è possibile limitare l'ambito cognitorio del giudice di secondo grado entro i limiti segnati dai motivi di critica sviluppati dall'appellante (cfr. *infra*, Cap. II, par. 6); può attribuirsi alla sentenza soggetta a gravame il carattere dell'esecutività; può riconoscersi un'autonomia

²⁹ In specie, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 125 ss., ha cura di precisare che la distinzione tra gravami con funzione eliminatoria e rinnovatoria non consente un netto stacco fra i due gruppi di mezzi, posto che la stessa categoria dei mezzi di gravame aventi funzione rinnovatoria presenta al suo interno possibili variazioni di struttura. Tant'è che «è nella fase più recente che si è avuto un notevole rimescolamento delle strutture e lo schema ha subito le più nette variazioni» (spec. p. 135).

³⁰ Così, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 143; ID., *Giustizia amministrativa*, a cura di CARDI A. – NIGRO A., Bologna, 2000, p. 333.

logica al momento rescindente rispetto a quello rescissorio (cfr. *infra*, Cap. II, 4.2.),³¹ senza che tutto ciò determini, da un punto di vista dogmatico, alcuna incompatibilità con la funzione ultima del gravame rinnovatorio, che è quella di assicurare una nuova decisione sul rapporto controverso.

Tanto premesso, come già si avvertiva in precedenza, è doveroso osservare che nei moderni ordinamenti processuali il giudizio d'appello ha perduto gran parte degli elementi strutturali tipici del gravame in senso stretto. Il che si spiega considerando che il ricorso in appello non rappresenta più lo strumento volto ad assicurare la mera continuazione del processo di primo grado, quasi che la sentenza emessa in quella sede possa considerarsi *tamquam non esset*, ma costituisce altresì un mezzo di attacco contro la sentenza impugnata della quale si domanda l'eliminazione. Viene pertanto ad aversi un giudizio di seconde cure che si presenta insieme come continuazione del precedente grado e critica di quanto vi si è fatto.³² Ciò si spiega giacché l'ingiustizia della prima sentenza è intesa, essa stessa, come vizio³³ da far valere attraverso specifici motivi di impugnazione nel secondo grado di giudizio, e il giudice d'appello conosce del rapporto controverso entro i soli limiti tracciati dai motivi di ricorso. Di conseguenza, può accadere che il giudizio reso in sede di gravame sia propiziato da una *cognitio causae* di diversa ampiezza rispetto a quella che aveva caratterizzato il processo di prime cure, con ciò restando confermata la tesi iniziale secondo cui

³¹ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 136-138.

³² Sul punto, PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989, pp. 327-329, secondo cui «nessuno potrebbe sostenere che il giudizio d'appello consista sempre nel puro e semplice esame dei motivi di ricorso proposti in primo grado», subito dopo aggiungendo che «appare illogico che l'ordinamento – ed in specie l'ordinamento processuale amministrativo – abbia attribuito senza necessità al soccombente la facoltà di sottrarsi ad ogni esame dell'opera del giudice, compiuta su sua domanda».

³³ Per tali rilievi, SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 12, il quale, dopo aver ricordato che la dottrina ricollega il problema dell'impugnazione di una sentenza a quello dei suoi vizi, ritiene di poter accettare una tale conclusione, a patto che nella categoria dei vizi della sentenza «si comprenda [...] l'errore *in iudicando*, non si opponga cioè il difetto formale, qualificato come vizio, al difetto di giudizio, in definitiva l'invalidità all'ingiustizia, perché questi due termini sono inscindibili».

il doppio grado di giurisdizione trova una realizzazione soltanto parziale nelle moderne legislazioni processuali.

D'altra parte, un sommario esame della disciplina dettata in materia d'appello amministrativo può fornire solidi argomenti a sostegno di quanto appena rilevato.

Senza alcuna pretesa di completezza, e per quanto qui strettamente interessa, basti anticipare che l'art. 101, comma 1, c.p.a. pone in capo all'appellante l'onere di muovere specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, a dimostrazione che la *cognitio causae* del giudice di secondo grado, in tal caso, non si esplica sull'intero rapporto controverso dedotto in prime cure, bensì investe quella sola parte del rapporto individuata dal capo della pronuncia impugnata.

Del resto, la diversa ampiezza della *cognitio causae* tra primo e secondo grado di giudizio è vieppiù dimostrata laddove si faccia riferimento alle domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate dal giudice *a quo*, e quindi decise per la prima volta solo in appello a seguito di espressa riproposizione nel secondo grado di giudizio.³⁴ Nel caso di specie, la *cognitio causae* su cui si fonda la decisione del giudice del gravame può risultare addirittura più ampia rispetto a quella della prima istanza di giudizio.

Allo stesso modo, può farsi riferimento all'art. 105, comma 1, c.p.a., il quale, a fronte di una pronuncia di rito resa in prime cure, considera del tutto tassative le ipotesi di annullamento con rinvio. Sicché ove il giudice di primo grado abbia erroneamente dichiarato inammissibile o improcedibile il ricorso, evitando di pronunciare sul merito della domanda, il Consiglio di Stato, riformando tale decisione, potrà disporre l'annullamento con rinvio solo qualora l'inammissibilità o l'improcedibilità sia stata erroneamente dichiarata in primo grado per una delle cause tipizzate dall'art. 105, comma 1, c.p.a. (sentenza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio). Ciò che può precludere alle parti la

³⁴ Sul punto, l'art. 101, comma 2, c.p.a., ha positivizzato l'onere della parte ricorrente di riproporre nell'atto di appello le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado.

possibilità di ottenere due successive statuizioni sul merito della domanda laddove il giudice d'appello non sia tenuto ad un annullamento con rinvio, potendo di converso decidere direttamente la causa nel merito.

Da ultimo, valga considerare che le parti possono proporre in appello nuovi mezzi di prova e nuovi documenti, seppure nei limiti dettati dall'art. 104, comma 2, c.p.a.. Del pari, ai sensi dell'art. 104, comma 3, c.p.a., è possibile proporre motivi aggiunti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado, da cui emergano ulteriori vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati. Il che, ancora una volta, dimostra come la decisione del giudice d'appello può riposare su una *cognitio causae* di diversa ampiezza rispetto a quella propria del giudizio di prime cure.

Insomma, nel diritto positivo il doppio grado di giurisdizione non trova compiuta esplicazione in ogni suo aspetto, bensì soltanto per ciò che attiene a quella che potrebbe definirsi la sua dimensione essenziale, il suo *minimum*, il quale, si badi bene, non sta «nella necessità che il secondo giudice pronunci nuovamente sul *thema decidendum* affrontato dal primo giudice, sostituendo con la propria sentenza – di riforma o di conferma – quella impugnata; sibbene nella possibilità che ciò avvenga».³⁵ D'altronde, come pur osservato dalla Corte costituzionale in una sua risalente – ma non per questo inattuale – pronuncia riferita al problema della rilevanza costituzionale del doppio grado di giurisdizione, questo «non vuole essere inteso nel senso che tutte le questioni di un processo debbono essere decise dai due giudici di diversa istanza, ma nel senso che deve essere data la possibilità di sottoporre tali questioni a due giudici di diversa istanza, anche se il primo non le abbia tutte decise».³⁶

In conclusione, nella prospettiva dell'ordinamento positivo, ciò che occorre davvero assicurare nell'attuazione del doppio grado di giurisdizione è non tanto la presenza di due diversi giudizi che esauriscano la cognizione del

³⁵ FAZZALARI E., *Il doppio grado nella legge sui Tribunali amministrativi*, cit., II, p. 1903.

³⁶ Corte Cost., 31 maggio 1965, n. 41, in *Giur. cost.*, 1965, I, p. 626. Di avviso analogo, in dottrina, VELLANI M., *Appello (diritto processuale civile)*, cit., p. 719, secondo cui il principio «non esige che ogni singola questione venga esaminata due volte: è la controversia nel suo complesso che deve poter passare (su istanza di parte, s'intende) attraverso due gradi».

rapporto in ogni suo aspetto processuale e sostanziale, quanto piuttosto la possibilità, concessa alle parti, di sottoporre, in tutto o in parte, il rapporto controverso a due giudici diversi;³⁷ è dunque in questi aspetti che il principio in esame trova esplicazione nel diritto vivente.

4. Sul discusso fondamento razionale del doppio grado di giurisdizione.

Altro è il dover riflettere sulla concreta capacità della seconda istanza di giudizio di soddisfare esigenze di giustizia che un singolo grado di giudizio potrebbe non intercettare di per sé solo. Viene a riproporsi, insomma, la *vexata quaestio* che per lungo tempo ha attanagliato la dottrina processuale, riguardante la discussa capacità della seconda pronuncia di palesare un'attendibilità maggiore della prima poiché frutto di un'attività di riesame.

Il dibattito affonda le proprie radici nella notte dei tempi.³⁸ In tal senso, all'opinione dell'autorevolissima dottrina che si è levata in passato a difesa del doppio grado di giudizio,³⁹ si sono contrapposte tesi sviluppatesi

³⁷ In questo senso, già ALLORIO E., *Sul doppio grado del processo civile*, cit., p. 336. L'osservazione è ripresa altresì da SERGES G., *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 18.

³⁸ Per una più ampia esposizione del problema, anche in prospettiva storica, cfr. MORTARA L., *Appello civile*, cit., pp. 446 ss..

³⁹ Cfr. CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 976 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 549-550; CALAMANDREI P., *Appello civile*, cit., p. 443, secondo cui la ragione della prevalenza della seconda pronuncia sulla prima sta nella «minor probabilità di errori che è insita nel giudizio di secondo grado, sia perché le maggiori garanzie offerte dalla costituzione personale delle magistrature d'appello (collegialità, anzianità, selezione, ecc.) rendono il loro responso più autorevole di quello dei primi giudici, sia perché è più facile per il secondo giudice, che può giovare dell'insegnamento del primo grado e valutarne oggettivamente i risultati, guardarsi dal ricadere negli stessi errori. Il giudice di appello giudica bene non tanto *benché*, quanto *perché* il primo giudice ha giudicato male: anche l'errore è infatti una tappa verso la verità»; CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., p. 236, il quale fa presente che l'ufficio giudiziario superiore, intanto è più idoneo a render giustizia del giudice inferiore, in quanto «nel processo di impugnazione è impegnato [...] anche il

successivamente, che al principio in parola hanno rivolto critiche più o meno penetranti.

Così, taluni hanno guardato al doppio grado di giurisdizione come ad un retaggio della tradizione assolutistica,⁴⁰ prospettando un parallelismo tra «la struttura autoritaria della forma di stato e la gerarchia dei mezzi di impugnazione della sentenza».⁴¹ Ciò che aveva caratterizzato, invero, l'appello nell'ordinamento giuridico romano in età imperiale, laddove, affermatasi la *cognitio extra ordinem*, l'impugnazione della sentenza, da proporre dinanzi al *princeps*, trovava la sua ragion d'essere nel fatto che i giudici della *cognitio* derivavano il proprio potere da

giudice *a quo*, il quale, voglia o non voglia, è un altro giudicando accanto alle parti»; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, cit., pp. 624 ss.; BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 666, il quale eleva a fondamento giustificativo del doppio grado, quella «maggior garanzia di giustizia che dà la decisione del secondo giudice, per il sol fatto che questi giudica dopo un altro e può tener conto del lavoro già compiuto dal predecessore»; ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1957, III, p. 284, a parere del quale il secondo grado di giudizio è dato al fine di ottenere il maggior grado di conformità alla giustizia, alla legalità e alla verità.

⁴⁰ Il legame tra l'appello e l'assolutismo monarchico è sottolineato da ORESTANO R., *Appello (Diritto Romano)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 708 ss., in riferimento all'ordinamento giuridico romano.

⁴¹ In questi termini, PIZZORUSSO A., *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, I, pp. 43 ss., il quale ritiene non casuale che la moltiplicazione dei gradi di giudizio abbia trovato terreno tanto più fertile quanto maggiore sia stato l'accentramento del potere in taluni ordinamenti, richiamando all'uopo l'esperienza dell'appello nel diritto romano e i nessi di quell'istituto con il carattere assoluto del potere imperiale. Di talché, osserva l'A., sarebbe necessario «far seguire al processo di trasformazione in senso democratico dello Stato italiano [...] anche una revisione del sistema delle impugnazioni». In senso analogo, SANTORO S., *Il giudizio amministrativo di secondo grado*, in *Foro amm.*, 1981, II, p. 2596, laddove rileva che «Il vero e principale fine che la previsione del doppio grado di giurisdizione intende soddisfare nell'ordinamento deve [...] ritenersi quello del controllo e della limitazione del diritto giudiziario». *Contra*, ALLORIO E., *Intervento del prof. Enrico Allorio, ordinario dell'Università di Milano*, in *Il doppio grado di giurisdizione: Atti del XII Convegno nazionale (Venezia, 14-15 ottobre 1977)*, Milano, 1980, pp. 235-236; TARZIA G., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1978, p. 88, ad avviso del quale «l'argomento, che vorrebbe escludere l'appello come strumento per un esercizio di autorità, lesivo dell'indipendenza del giudice di primo grado, è uno di quelli che provano troppo. In quest'ottica ogni impugnazione devoluta ad un organo giudiziario diverso può apparire una sopraffazione rispetto al giudice *a quo*».

una delega dell'imperatore, cui, dunque, era naturale poter ricorrere avverso la sentenza dei giudici delegati.⁴²

Altri, spingendosi oltre, hanno addirittura dubitato della funzione garantistica del doppio grado di giurisdizione. È in questa direzione, ad esempio, che Cappelletti aveva sviluppato il suo *"Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile"*,⁴³ nel quale l'iconoclastia dell'Autore si dirigeva avverso il cieco fideismo con cui si è soliti guardare al doppio grado di giurisdizione. Così, nei passi più evocativi di quello scritto si legge testualmente che «c'è ancora chi, in buona o in mala fede, pensa all'appello e al doppio grado di giurisdizione come ad una importante garanzia processuale, magari una garanzia di libertà, addirittura qualcosa di assoluto e insopprimibile»; quando invece, ammoniva l'Autore, «ogni volta che si aggiunge un nuovo grado di giurisdizione, non si rende soltanto un servizio a una parte, quella che ha avuto torto, ma si rende anche ovviamente un disservizio all'altra parte, quella che ha avuto ragione».

Altri ancora, guardando con pari ritrosia all'imperativo categorico del doppio grado, sono giunti a prospettare il rischio che il secondo giudizio si palesi addirittura meno attendibile del primo. Ciò in quanto, queste le argomentazioni portate a sostegno dell'affermazione di cui sopra, il giudice d'appello si trova spesso a dover decidere della lite senza quel contatto diretto con gli elementi probatori, invece tipico della prima istanza, nel totale spregio dei principi di oralità e immediatezza. In quest'ottica, il rischio che non si proceda ad una rinnovazione dell'istruttoria in seconde cure darebbe pertanto adito ad una decisione, in sede d'appello, frutto di una cognizione parziale della lite.⁴⁴

Trattasi di osservazioni che hanno rianimato di volta in volta il dibattito sulla ragion d'essere di un sistema processuale strutturato su due gradi di

⁴² Sull'origine dell'appello nel diritto romano, cfr. OLIVIERI G., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, pp. 17 ss..

⁴³ CAPPELLETTI M., *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1969, IV, pp. 81 ss.

⁴⁴ RICCI E.F., *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, I, pp. 81 ss.; PIZZORUSSO A., *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, cit., pp. 46-47.

giudizio, e alle quali, del resto, può replicarsi con valide ed efficaci argomentazioni.

Così, la tesi che prospetta una relazione biunivoca tra il doppio grado di giurisdizione e la forma autoritaria dello Stato, si dimostra fallace sol che si guardi alla recezione del principio in esame nella gran parte degli ordinamenti democratici e alla sua consacrazione in numerose carte dei diritti.⁴⁵

Né sembra potersi negare al canone del doppio grado una qualche funzione garantistica, in quanto strumento necessario per far fronte all'errore, o magari all'arbitrio del giudice di prime cure. Del resto, come pur osservato in dottrina, in difetto di un doppio esame della causa, i principi di imparzialità e di soggezione dei giudici soltanto alla legge resterebbero lettera morta, in quanto «l'arbitrio, il sopruso o l'errore non sarebbero censurabili o riparabili in un secondo grado di giudizio».⁴⁶ Sotto tale profilo, il doppio grado di giurisdizione si fa, dunque, esso stesso, garanzia del diritto di difesa di cui all'art. 24, 2° comma, Cost., del quale una componente essenziale è appunto costituita dalla possibilità di ottenere un riesame della causa da parte di un giudice diverso e superiore da quello che ha reso la sentenza.⁴⁷

⁴⁵ L'osservazione è tratta da SERGES G., *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 282. In ordine alla garanzia del doppio grado di giurisdizione sul piano delle fonti sovranazionali, può farsi riferimento sia all'art. 2, par. 1, del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, il quale dispone che «Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore», sia all'art. 14, par. 5, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ai sensi del quale «Ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge». Disposizioni, quelle anzidette, che seppur specificamente riferite al processo penale, sottendono un principio tendenziale in favore della seconda istanza di giudizio.

⁴⁶ In questi termini, FERRAJOLI L., *I valori del doppio grado e della nomofilachia*, in *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni*, a cura di MANNUZZU S. – SESTINI R., Roma, 1992, p. 32.

⁴⁷ Così, PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, p. 482; ID., *Intervento del prof. Andrea Proto Pisani, ordinario dell'Università di Firenze*, in *Il doppio grado di giurisdizione: Atti del XII Convegno nazionale (Venezia, 14-15 ottobre 1977)*, pp. 275-276; COMOGLIO L.P., *Art. 24*, in *Commentario della Costituzione*, Art. 24-26, a cura di BRANCA G., Bologna-Roma, 1981, pp. 5 ss.. *Contra*, tuttavia, in giurisprudenza, Corte cost., sent. 15 aprile 1981, n. 62, avendo il Giudice delle leggi affermato che

In questa prospettiva, l'errore in cui è incorso il primo giudice rappresenta una tappa per la quale passa l'*iter* volto al raggiungimento della verità, e il giudice del gravame, potendosi giovare dell'insegnamento derivantegli dal primo grado e valutandone oggettivamente i risultati, è posto nella condizione di esplicitare proficuamente una funzione di controllo e di riesame.⁴⁸ Lo sforzo di aver portato a compimento la fase di prime cure giova, insomma, ad una rinnovazione del giudizio, la quale ha dalla sua parte l'esperienza del primo processo cui è possibile apportare il contributo del gravame, correggendo eventuali errori o omissioni.⁴⁹ E ciò, tanto più nell'attuale sistema processuale, in cui l'appello proposto al Consiglio di Stato deve essere sorretto da specifiche censure avverso i capi della sentenza gravata (art. 101, comma 1, c.p.a.), talché, nel momento in cui l'appellante è chiamato a specificare le ragioni per cui non condivide le conclusioni del giudice di primo grado, la decisione resa in sede d'appello non sottende una mera ripetizione del giudizio svoltosi davanti al Tar, bensì un esame "critico" della sentenza oggetto di gravame.

Allo stesso modo, non coglie nel segno l'obiezione secondo cui la sentenza d'appello risulterebbe meno attendibile di quella impugnata, giacché pronunciata

«La garanzia costituzionale del doppio grado di giurisdizione non può neppure farsi discendere dall'art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione come proiezione diretta del diritto di difesa: in realtà questo precetto assicura la tutela di tale diritto in ogni stato e grado del procedimento, ma non garantisce la parte contro la soppressione di un grado del processo».

⁴⁸ In tal senso, si dimostrano penetranti le osservazioni di ALLORIO E., *Sul doppio grado nel processo civile*, cit., p. 332, il quale ravvisa un parallelismo tra l'attività del giudice teleologicamente orientata alla ricerca della verità e il metodo che caratterizza l'indagine scientifica. Colui che si approccia ad una ricerca il cui primo stadio è già esaurito, rileva l'A., «non parte dalla massa aggroviata dei fatti su cui verte la prima investigazione ma, criticamente, muove da quel primo risultato, in cui l'indagine fu assunta in sede di provvisoria elaborazione». Cfr., a riguardo, anche NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, pp. 280, laddove si ritiene che la superiorità "organica" del secondo giudice si accompagnerebbe ad una superiorità di scienza e di esperienza.

⁴⁹ Sul punto, STELLA RICHTER P., *Il giudizio di appello*, cit., p. 1942. In proposito, anche LIEBMAN E.T., *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, n. 3, p. 402, in cui l'A. ravvisa nell'appello una «finalità pratica, dovuta alla convinzione che la possibilità dell'errore è una componente inevitabile dell'operare umano», sicché «se si vuole diminuire, per quanto è possibile, l'incidenza dell'errore, si deve consentire un nuovo giudizio sulla stessa vicenda».

da un giudice chiamato a decidere sulla base di un materiale di causa già formatosi in primo grado, ciò che pregiudicherebbe ogni contatto diretto con gli elementi di prova. A tal proposito, è risolutivo constatare che il problema di un contatto immediato con gli elementi istruttori certo non si pone laddove si tratti di prove precostituite, le quali si prestano ad una valutazione del giudice del gravame non dissimile da quella che ebbe a svolgere l'organo di prima istanza.⁵⁰ Quanto alle prove costituenti, tra le quali indubbiamente spicca la testimonianza, se è indubbio che la formazione di queste all'interno del giudizio realizza in termini di maggiore immediatezza il contatto del giudice con la prova, è pur vero che nel rito civile è pacificamente ammessa la rinnovazione dell'istruttoria nella fase di appello,⁵¹ e se si guarda al rito vigente nel processo amministrativo ne risulta che la prova testimoniale è assunta necessariamente in forma scritta,⁵² di guisa che la distanza tra il giudice e la fonte informativa è identica in prime e in seconde cure.

Tutto ciò dimostra, insomma, che le critiche mosse al principio del doppio grado di giurisdizione astrattamente inteso non possono essere automaticamente riferite all'appello, stante la differenza strutturale che passa tra il principio generale e la concreta disciplina che il legislatore dedica al giudizio di secondo grado. Sicché, se le osservazioni sviluppate finora possono non essere sufficienti a teorizzare l'assoluta infallibilità del gravame, esse valgono quanto meno ad escludere che il secondo grado di giudizio sia privo di ogni fondamento razionale. Premessa, questa, indefettibile in uno studio dedicato al giudizio d'appello.

⁵⁰ Così, TARZIA G., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, cit., pp. 89-90.

⁵¹ Cfr. art. 356, comma 1 c.p.c., ai sensi del quale «[...] il giudice dell'appello, se dispone l'assunzione di una prova oppure *la rinnovazione totale o parziale dell'assunzione già avvenuta in primo grado* [...], pronuncia ordinanza e provvede a norma degli articoli 191 e seguenti».

⁵² Cfr. art. 63, comma 3, c.p.a., il quale dispone che «su istanza di parte il giudice può ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile».

5. Genesi dell'appello nel processo amministrativo.

A questo punto, prima di procedere all'analisi della disciplina che regola lo svolgimento del giudizio di secondo grado è utile spendere qualche considerazione circa l'origine dell'appello all'interno del processo amministrativo, per meglio comprendere le ragioni che hanno portato alla sua introduzione nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa.

Il radicarsi dell'appello all'interno di tale sistema vanta invero origini risalenti. Esso affonda le proprie radici nella l. n. 6837/1890 che, attribuendo una funzione giurisdizionale in capo alle Giunte provinciali amministrative, aveva avuto l'effetto di arricchire il panorama degli organi deputati all'esercizio della giurisdizione nelle controversie instaurate contro la pubblica amministrazione per la tutela degli interessi legittimi,⁵³ dando la stura ad un sistema articolato su due istanze di giudizio, la seconda delle quali vedeva competente il Consiglio di Stato, presso il quale era dato ricorrere avverso le pronunce rese dalle G.p.a. in sede giurisdizionale (art. 19, comma 1, l. n. 6837/1890).

In questo modo veniva dunque portato a compimento il disegno di riforma inaugurato dalla l. n. 5992/1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, volta a garantire un più ampio accesso alla tutela giurisdizionale⁵⁴ in riferimento a quelle situazioni giuridiche soggettive, qualificate dal legislatore

⁵³ Su tali aspetti, diffusamente, PAEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 191 ss.

⁵⁴ Sul punto, può rinviarsi a GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 243, in cui si afferma che «non v'è alcun dubbio che il legislatore del 1889 [...] abbia modellato la competenza istituita a difesa delle posizioni d'interesse non tutelate di fronte all'autorità giudiziaria secondo lo schema della protezione giurisdizionale accordata ai diritti», sebbene venga precisato nel prosieguo, che gli autori della riforma non ebbero «la coscienza di creare una giurisdizione, di attribuire cioè competenze giurisdizionali ad un organo il quale [...] aveva sin lì esercitato una funzione obbiettiva di tutela della legalità (e della giustizia) nell'amministrazione».

come interessi, nei cui riguardi la legge di abolizione del contenzioso amministrativo aveva riservato una tutela meramente giustiziale.⁵⁵

Valga peraltro avvertire che il risultato ottenuto con l'investitura delle G.p.a. della funzione giurisdizionale non fu propriamente quello di creare un nuovo organo di primo grado, che fosse dotato di giurisdizione generale per le controversie a tutela di interessi legittimi. La competenza delle Giunte provinciali era infatti limitata alle sole controversie aventi ad oggetto atti imputabili alle amministrazioni locali (art. 2, l. n. 6837/1890),⁵⁶ venendone in tal modo a risentire lo stesso spazio di applicazione riservato all'appello, circoscritto, quest'ultimo, ai soli casi in cui era dato ricorrere in prime cure all'organo decentrato di nuova istituzione. In tal guisa, se per gli atti degli enti statali il Consiglio di Stato continuava a giudicare in primo ed unico grado, di converso, per gli atti degli enti locali, il ricorso al Supremo Consesso assurgeva a mezzo di gravame rispetto alle decisioni rese dagli organi locali di giustizia amministrativa.⁵⁷ Può in un certo senso ritenersi che l'effetto del complessivo

⁵⁵ In argomento, ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, pp. 14 ss.; CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979, pp. 57 ss.; FOLLIERI E., *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, II, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, p. 443.

⁵⁶ Sul punto, PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 202, il quale, peraltro, rileva che la previsione di una nuova istanza esperibile dinanzi a un organo decentrato, qual era appunto la Giunta provinciale amministrativa, riduceva la distanza tra l'autorità chiamata a decidere del ricorso e la fattispecie oggetto della controversia.

⁵⁷ Cfr., a riguardo, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 229-230, il quale, con riferimento alla disciplina dettata per l'appello avverso le decisioni delle G.p.a. in s.g., parla di un gravame con funzione rinnovatoria e a struttura, in parte impugnatoria e in altra parte appellatoria. Segnatamente, le caratteristiche strutturali impugnatorie, tra le quali l'A. colloca «la mancanza di effetto sospensivo e l'autonomia del rescindente» nel giudizio d'appello, avrebbero costituito ragioni ostative ad una collocazione del rimedio in esame tra i gravami appellatori puri, portando piuttosto a parlare di un gravame appellatorio attenuato. Sul punto, anche MIELE G., *Il Consiglio di Stato come giudice d'appello*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, p. 361, ove l'A., analizzando i rapporti tra il primo e il secondo grado di giudizio, a seguito dell'istituzione delle G.p.a., mette in risalto «la possibilità di riesame della domanda proposta al primo giudice [...] e la statuizione sul rapporto giuridico sostanziale». L'esistenza di un secondo grado di giurisdizione avrebbe dunque importato «l'instaurazione del giudizio negli stessi termini e con gli stessi poteri di cognizione e

disegno di riforma risultante dalle leggi del 1889-1890 fu quello di avvicinare l'esercizio della giurisdizione ai rispettivi livelli di amministrazione, facendo comunque salva la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato.

Ciò che peraltro preme osservare è che, in tal caso, il limitato ambito di applicazione del ricorso in appello originava da una serie di ragioni contingenti le quali, sommate l'un l'altra, avevano finito col tradursi in una scelta di politica legislativa che non vedeva di buon occhio un incremento generalizzato delle istanze di giudizio.

Ragioni contingenti tra le quali figurava certamente l'esigenza di garantire all'azione amministrativa massima celerità e dinamismo. Del resto, il movimento di pensiero che precedette la legge del 1889, pur auspicando da un lato l'introduzione di nuove forme di difesa contro gli arbitrii dell'amministrazione, paventava dall'altro lato il rischio che l'amministrazione stessa perdesse di efficacia se assoggettata a «soverchi freni e rimedi».⁵⁸ Di qui la ritrosia con la quale il legislatore si apprestava ad affermare l'accesso ad un giudizio di seconde cure, che avrebbe sì rappresentato un momento di maggiore garanzia di giustizia nei confronti della P.A., ma che allo stesso tempo avrebbe determinato inevitabili costi in punto di certezza del diritto.⁵⁹

Il ruolo marginale del gravame doveva inoltre la propria ragion d'essere a quel particolare *iter* di sviluppo conosciuto dall'ordinamento processuale amministrativo, il quale aveva visto, almeno inizialmente, nel Consiglio di Stato e

decisione del giudice di primo grado». Critico sulla previsione di un doppio grado di giudizio in seguito alla l. n. 6837/1890, BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, voce in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 606, che, con riguardo alle decisioni emesse dalle G.p.a., discorre di pronunce a carattere sostanzialmente amministrativo, «con la conseguenza che su di esse il Consiglio di Stato veniva a trovarsi sempre nella condizione di giudice di unico grado».

⁵⁸ A riguardo, SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, pp. 488 ss.

⁵⁹ Sul contrasto tra l'esigenza di giustizia e l'esigenza di certezza che costantemente si profila allorché il giudizio venga articolato su più gradi, CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, II, cit., p. 124. A riguardo, anche NIGRO M., *Tribunali amministrativi regionali*, in *Temì romana*, 1972, p. 20, in cui, con specifico riferimento al processo amministrativo, l'A. rileva come questo sia «il tipico processo in cui l'esigenza di *certezza*, cioè l'esigenza di una soluzione rapida della lite, deve prevalere sulla esigenza di *giustizia*, cioè della adozione di una soluzione perfetta».

solo in questo, il giudice generale di legittimità. Non interessa qui rimarcare le ragioni che fecero di quest'organo il soggetto più idoneo ad assicurare la giustizia nell'amministrazione.⁶⁰ Quel che invece va evidenziato è che il conferire funzioni contenziose in una con le funzioni consultive in capo ad uno stesso organo, non poteva che incrementare i dubbi sulla natura della tutela conseguita con il ricorso alla IV Sezione, tant'è che voci autorevolissime della dottrina, e lo stesso Consiglio di Stato, mostrarono una certa esitazione prima di cogliere correttamente l'esatta natura giurisdizionale del rimedio, paventando a primo acchito la possibilità di intendere il ricorso alla IV Sezione come nuova ed ulteriore istanza amministrativa.⁶¹

Né deve sorprendere che si potessero manifestare dubbi di tal fatta, giacché lo stesso *iter* parlamentare che aveva condotto all'approvazione della l. n. 5992/1889 dava conferma di come neppure gli addetti alla riforma avessero ben chiaro se collocare la nuova istituzione nell'*ordo iudiciorum* o se definirla invece quale istanza di carattere sostanzialmente amministrativo.⁶² Supposizione,

⁶⁰ Tali ragioni sono espresse da NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 73-75, il quale ricorda che la prossimità del Consiglio di Stato all'amministrazione e, ciononostante, la capacità di quello di porre in essere un'imparziale funzione di controllo, furono argomenti persuasivi nel fare di quell'organo il giudice generale di legittimità. Sul tema, anche RANELLETTI O., *Le quarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, pp. 381 ss.

⁶¹ In tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 1891, n. 42, in *Giustamm*, II, 1891, parte I, p. 244, in cui si legge che «mentre la Sezione IV è parte integrante del Consiglio di Stato, essa non differisce dal corpo a cui appartiene, se non in quanto in lei è stata cumulata ed a lei esclusivamente attribuita quella giurisdizione contenziosa che precedentemente esercitava l'intero corpo». A favore della natura amministrativa della IV Sezione si espressero anche ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, a cura di ID., Milano, 1901, pp. 758 ss.; ID., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, p.349; ROMANO S., *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, a cura di ORLANDO V.E., Milano, 1901, pp. 530 ss. Sul punto, anche SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 505 ss.

⁶² In argomento, FOLLIERI E., *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., pp. 445 ss., in cui l'A. richiama alcune parole del Crispi, ad avviso del quale «il Consiglio di Stato, nella nuova Sezione che verrà istituita, non eserciterà una giurisdizione vera e propria, perché la giurisdizione appartiene soltanto al magistrato ordinario». Sul tema in discorso, anche

quest'ultima, rivelatasi in seguito infondata, ma che valse cionondimeno ad acuire il clima di incertezza nel quale il legislatore era stato chiamato ad operare, finendo probabilmente col condizionare il successivo intervento di riforma avutosi con l. n. 6837/1890, e precludendo l'istituzione, in via generalizzata, di un processo amministrativo articolato su più gradi.⁶³ E si spiega, giacché l'intendere il ricorso al Consiglio di Stato come rimedio di indole amministrativa non poteva che cozzare con l'applicazione recisa e diffusa di un principio, quale quello del doppio grado, tipico invece della tutela giurisdizionale.⁶⁴

Senonché, venuti meno i dubbi sulla natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato⁶⁵ ed essendo pacifico che l'esigenza di un sollecito svolgimento del processo è avvertita nell'ambito della giurisdizione amministrativa non meno che in altri settori processuali, come quello civile o penale, risulta evidente che le ragioni da cui potevano scaturire perplessità in merito alla generalizzazione del doppio grado di giudizio nel processo amministrativo furono, col tempo, del tutto superate.

6. Il nuovo assetto della giurisdizione amministrativa nella Costituzione e la particolare dimensione costituzionale del doppio grado nel processo amministrativo.

AMMANNATI L., *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in *Le riforme crispine*, II, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, pp. 626 ss..

⁶³ Sul tema, cfr. ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1910, p. 371, il quale lamentava il fatto che la legge n. 6837/1890 avesse mancato l'occasione per articolare in via generalizzata la giustizia amministrativa su un doppio grado di giurisdizione.

⁶⁴ In tal senso, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 75-76.

⁶⁵ In specie, i dubbi sulla natura amministrativa ovvero giurisdizionale delle attribuzioni riconosciute al Consiglio di Stato nelle controversie contro la P.A. furono definitivamente superati per effetto della l. n. 62/1907, la quale precisò esplicitamente la natura giurisdizionale delle decisioni rese dallo stesso Consiglio di Stato e dalle G.p.a. in s.g., ammettendo avverso di esse il ricorso in Cassazione per difetto di giurisdizione.

In tale contesto è l'entrata in vigore della Costituzione ad aver rappresentato la chiave di volta per una rimeditazione, da parte del legislatore, del sistema di giustizia amministrativa come in precedenza strutturato, stante la previsione contenuta nell'art. 125 Cost., ai sensi del quale «nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica».

Non può negarsi, a riguardo, che il testuale riferimento della norma costituzionale agli “organi di giustizia amministrativa di primo grado” evochi logicamente un'articolazione del processo amministrativo in almeno due gradi,⁶⁶ e ciò anche alla luce del disposto di cui all'art. 103, 1° comma Cost., a mente del quale la giurisdizione per la tutela, nei confronti della P.A. degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi, è esercitata dal Consiglio di Stato e dagli altri organi di giustizia amministrativa, tra i quali, appunto, quelli di cui all'art. 125 Cost..

L'aspetto, tuttavia, che maggiormente colpisce dell'art. 125 Cost. è rappresentato dalla sua collocazione, essendo la norma inserita non già nel Titolo IV riguardante la magistratura, bensì nel Titolo V relativo alle autonomie territoriali. Sicché, nel disegno tracciato dal costituente, l'introduzione dei giudici amministrativi di primo grado risponde non tanto – o, comunque, non solo – all'esigenza di articolare il processo amministrativo su due istanze di giudizio,

⁶⁶ Tesi sposata, tra gli altri, da CERINO-CANOVA A., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 1, pp. 96-97; FAZZALARI E., *Il doppio grado nella legge sui Tribunali amministrativi*, cit., p. 1900; LIEBMAN E. T., *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, cit., pp. 406-409; POTOTSCHNIG U., *Appello*, cit., p. 781 ss., il quale, assumendo che ai sensi dell'art. 125 Cost. sarebbe precluso ai Tribunali amministrativi regionali l'esercizio di uno *ius dicere* in unico grado, ricava da tale premessa il dover riconoscere in capo al Consiglio di Stato una vera e propria giurisdizione d'appello, prospettando addirittura profili di incostituzionalità laddove il legislatore, nell'attuare la previsione di cui all'art. 125 Cost., avesse contemplato avverso le decisioni degli organi di primo grado, un ricorso in seconde cure di tipo meramente cassatorio, senza consentire la riproposizione dell'intera controversia già portata dinanzi al primo giudice. In una posizione di compromesso sembra collocarsi il pensiero di NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, cit., pp. 284, ad avviso del quale l'art. 125 Cost., «postula per il processo amministrativo l'organizzazione di un generale sistema di doppio grado», facendo tuttavia salve quelle «zone di inappellabilità» previste dall'ordinamento, a patto che queste si dicano marginali.

quanto piuttosto alla necessità di strutturare il sistema di giustizia amministrativa in maniera tale da tener conto del decentramento politico territoriale dell'Amministrazione siccome prefigurato dalla Carta fondamentale.⁶⁷

L'adesione ad un modello di Stato regionale oltre ad esigere, insomma, un' incisiva trasformazione dell'apparato amministrativo accentrato, mostra irrimediabilmente anche la fallacia di un sistema di giustizia amministrativa polarizzato su di un solo organo giurisdizionale (il Consiglio di Stato).⁶⁸ Talché, la previsione di una nuova istanza di giudizio *ex art. 125 Cost.*, rinviene la propria ragion d'essere non tanto nell'esigenza di strutturare il processo amministrativo su due gradi – ciò che semmai costituisce l'effetto di quella norma – bensì nel bisogno di assicurare un' articolazione della giurisdizione amministrativa coerente con l'assetto costituzionale della P.A., quest'ultima a sua volta disancorata dal centralismo organizzativo che l'aveva caratterizzata nell'esperienza dello Stato liberale prima, e totalitario poi.⁶⁹

⁶⁷ Decentramento espressamente previsto dall'art. 5 Cost., ai sensi del quale «La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento». In argomento, SEPE O., *Amministrazione pubblica*, voce in *Enc. it.*, 1978, pp. 993 ss., il quale osserva che i dettami della Costituzione impongono un «rovesciamento delle concezioni centralizzate, delle strutture rigide e gerarchiche» proprie dell'Amministrazione Pubblica.

⁶⁸ Sulla natura accentrata del sistema di giustizia amministrativa, così come originato dalla l. 5992/1889, NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, cit., p. 281.

⁶⁹ Sul punto, BERTI G., *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1892, il quale ritiene che la logica scaturente dall'art. 125 Cost., sia quella di «un adeguamento della giustizia ai presupposti e ai caratteri della nuova amministrazione»; NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, cit., pp. 281-282, il quale assume che la trasformazione in senso pluralistico dei pubblici poteri abbia finito col riverberarsi finanche sull'articolazione territoriale della giustizia amministrativa; CAIANIELLO V., *Commento all'art. 125 della Cost.*, in *Commentario della Costituzione, Art. 121-127*, a cura di BRANCA G., Bologna-Roma, 1990, p. 354, secondo cui «lo smantellamento delle strutture e delle competenze centrali a favore delle Regioni, ed il decentramento degli uffici statali cui venivano devoluti compiti e funzioni già attribuiti ai vertici ministeriali, imponeva di potenziare gli organi locali di giustizia amministrativa con una competenza corrispondente all'arricchimento dei compiti degli organi periferici». A conferma della tesi in parola, cfr. anche LEONE G., *Le impugnazioni nel processo amministrativo: profili generali*, Napoli, 1988, pp. 17 ss.,

Alla luce di quanto premesso, deriva che nell'impianto costituzionale, la garanzia del doppio grado di giurisdizione e, dunque, di un riesame della controversia da parte del Consiglio di Stato, rappresenta, più che l'obiettivo ultimo del combinato disposto degli artt. 103-125 Cost., una conseguenza derivante dall'articolazione periferica della giustizia amministrativa, onde evitare che il decentramento regionale dei tribunali di primo grado incida, compromettendola, sull'unità della funzione giurisdizionale.⁷⁰ D'altra parte, come pur sostenuto dalla più autorevole dottrina,⁷¹ con affermazione condivisa dalla giurisprudenza costituzionale,⁷² è tipico dell'appello l'effetto di ricondurre all'ordine e all'unità l'attività di una molteplicità di giudici.

Quanto detto fornisce, del resto, anche la misura entro la quale il principio del doppio grado gode, nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa, di copertura costituzionale, ch  se l'esigenza sottesa all'art. 125 Cost.   quella di assicurare coerenza ed unit  al sistema di giustizia amministrativa, sottoponendo le pronunce dei Tribunali regionali ad un potenziale riesame del Consiglio di Stato, ebbene, se ne ricava che la garanzia del doppio grado di giurisdizione si traduce, *ex art. 125 Cost.*, nella sola impossibilit  «di attribuire al T.A.R.

in cui si sottolinea che «la riforma del doppio grado amministrativo   nata [...] come *pendant* alla riforma delle autonomie locali, allo scopo di rompere l'unitariet  e il centralismo della giustizia come dell'amministrazione». In senso critico rispetto alla lettura appena proposta, SERGES G., *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, cit., pp. 264 ss., il quale sostiene che il ricavare dall'art. 125 Cost. «un certo modello di organizzazione dell'apparato giurisdizionale amministrativo» derivante dall'articolazione locale dell'amministrazione esaspera oltremodo una «visione particolaristica della giurisdizione amministrativa», che «la Costituzione, nel suo complesso, sembra voler superare».

⁷⁰ Cfr., a riguardo, le riflessioni di PAJNO A., *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 548, secondo cui i due gradi di giudizio nel processo amministrativo rappresentano la conseguenza necessaria di un sistema giurisdizionale che avendo optato per un'articolazione decentrata, non poteva che recuperare la propria unit  se non dietro una fase di gravame devoluta ad un solo organo statale.

⁷¹ Si fa riferimento a NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, cit., p. 282.

⁷² In tal senso, Corte cost., sent. 22 aprile 1992, n. 189, nella quale testualmente si afferma che «l'esigenza di *reductio ad unitatem* sarebbe tipica della funzione del giudice di appello che   riservata al Consiglio di Stato».

competenze giurisdizionali in unico grado»,⁷³ assicurando in ogni caso l'appellabilità delle sue pronunce, e risultando, di converso, pienamente conforme ai dettami della Carta fondamentale l'attribuzione di taluni ricorsi alla cognizione del Consiglio di Stato in unico grado.⁷⁴

Altro è il dover appurare se la disciplina dettata dalla Costituzione in materia di giustizia amministrativa sia tale da esigere che la seconda istanza di giudizio rechi determinati connotati dal punto di vista strutturale e funzionale, ovvero se una tale questione risulti del tutto indifferente ai dettami della Carta fondamentale, avendo, il legislatore ordinario, piena discrezionalità nello specificare struttura e funzione del rimedio da attivare avverso le pronunce dei Tribunali amministrativi regionali.

In questo quadro, per vero, né l'art. 125 Cost., riferito all'istituzione dei Tar, né l'art. 103, 1° comma, Cost., dal quale si evince che il Consiglio di Stato è collocato al vertice dell'*ordo iudiciorum* che costituisce il sistema di giustizia amministrativa,⁷⁵ sembrano fornire spunti rilevanti per un'immediata soluzione del problema in esame.⁷⁶ E tuttavia, ciò non ha dissuaso la dottrina dal proporre un'interpretazione del dettato costituzionale attraverso la quale definire, in

⁷³ In questi termini, Corte cost., ord. 31 marzo 1988, n. 395. Più di recente, in senso analogo, Corte cost., sent. 9 aprile 2009, n. 108. Sullo speciale rilievo del principio del doppio grado nell'ambito della giustizia amministrativa, cfr. Corte cost., sent. 1 febbraio 1982, n. 8, nella quale la Consulta, dopo aver richiamato la propria costante giurisprudenza, ad avviso della quale l'istituto del doppio grado non ha rilevanza costituzionale, precisa che in riferimento alla giurisdizione amministrativa ordinaria, lo stesso principio gode invece di copertura nella Carta fondamentale, in ragione dei caratteri propri di tale ultima giurisdizione «che verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse e rende quindi, opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato».

⁷⁴ *Contra*, in dottrina, LIEBMAN E.T., *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, cit. pp. 407-408, il quale ricava dall'interpretazione dell'art. 125 Cost., la conclusione che il Consiglio di Stato non possa pronunciare in primo ed unico grado, poiché organi di primo grado sono quelli istituiti dalla legge prevista ex art. 125 Cost.

⁷⁵ Sulla posizione di vertice del Consiglio di Stato nel sistema di giustizia amministrativa e sulla conseguente funzione di nomofilachia esercitata dal Supremo Consesso, cfr. PAJNO A., *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, cit., pp. 546 ss.

⁷⁶ È quanto rilevato da POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 153.

termini più o meno approssimativi, il rapporto intercorrente tra le attribuzioni degli organi regionali di giustizia amministrativa e le funzioni devolute al Consiglio di Stato all'interno del giudizio di seconda istanza, dando luogo ad una varietà di contributi, di segno, è bene anticiparlo, non del tutto univoco.

Così, all'orientamento maggioritario che ha ravvisato nell'art. 125 Cost. il *favor* del costituente per un processo di seconde cure articolato secondo i canoni del giudizio d'appello,⁷⁷ hanno fatto da contraltare opinioni di diverso avviso, da cui si ricava che la norma costituzionale in commento si limiterebbe ad introdurre una riserva di legge assoluta nell'ordinamento generale della giustizia amministrativa, e null'altro,⁷⁸ legittimando di conseguenza il legislatore a

⁷⁷ In tal senso, CERINO CANOVA A., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, I, pp. 96-97; QUARANTA A., *Doppio grado di giurisdizione (principio del)* cit., 1989, pp. 3-4; FAZZALARI E., *Il doppio grado nella legge sui Tribunali amministrativi*, cit., p. 1900; LIEBMAN E. T., *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, cit., pp. 406-409; NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, cit., pp. 283-288, da cui si evince che sebbene il precetto dell'art. 125 Cost., «non enunci esplicitamente il tipo di doppio grado che deve impiantarsi» nel processo amministrativo, la norma *de qua* condurrebbe cionondimeno verso l'istituzione di un gravame di tipo appellatorio. Ciò in quanto l'esigenza di genuinità ed immediatezza del giudizio risulterebbe meglio appagata da un gravame in cui il giudice possa conoscere direttamente del rapporto controverso piuttosto che della sua sola rappresentazione datane dalla sentenza impugnata. Peraltro, aggiungeva l'A., il passaggio del processo amministrativo dal *genus* del giudizio impugnatorio a quello del giudizio di accertamento palesa la necessità di consentire al G.A. un accesso, in entrambi i gradi di giudizio, quanto più possibilmente diretto ed immediato al fatto valutato dalla P.A. e agli interessi oggetto di comparazione. Di avviso analogo, STELLA RICHTER P., *Il giudizio di appello*, cit., p. 1965, laddove l'A. afferma che «in presenza della chiara indicazione contenuta nell'art. 125 della Costituzione, ogni restrizione o limitazione all'attuazione di un vero e proprio giudizio di secondo grado va considerata con il massimo sospetto»; POTOTSCHNIG U., *Appello*, cit., p. 781 ss., nella parte in cui l'A. prospetta profili di incostituzionalità qualora il legislatore, nell'attuare la previsione di cui all'art. 125 Cost., contemplasse, avverso le decisioni degli organi di primo grado, un ricorso in seconde cure senza consentire la riproposizione dell'intera controversia già portata dinanzi al primo giudice, ovvero limitando i poteri dell'organo di seconda istanza entro confini più angusti di quelli in cui opera il giudice di primo grado.

⁷⁸ Si veda sul punto, GALLO C.E., *Appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 316-317, il quale da un lato esordisce affermando che con l'art. 125 Cost. «il costituente ha voluto garantire l'istituzione di organi locali di giustizia amministrativa, a fronte della competenza generale assorbente dell'allora unico giudice con giurisdizione generale nei confronti della Pubblica Amministrazione che era il

prevedere, avverso le pronunce degli organi di primo grado, finanche un rimedio che rechi la natura della *querela nullitatis*.⁷⁹ Opinioni, queste ultime che, sebbene fondate su argomentazioni per nulla evanescenti e di sicuro rilievo scientifico, non sono tuttavia riuscite ad avere ragione dell'orientamento maggioritario ormai radicato nella *communis opinio*.

Del resto, se si prescinde dalla concreta attuazione dell'art. 125 Cost., posta in essere per il tramite della l. n. 1034/1971, e si volge lo sguardo ai molteplici progetti legislativi – concernenti l'istituzione degli organi giurisdizionali periferici – che negli anni addietro ebbero a precedere l'entrata in vigore della c.d. legge TAR, ci si imbatte in una congerie di proposte, le quali, quantunque tra loro divergenti sotto una moltitudine di aspetti, mostrano cionondimeno evidenti punti di contatto, tra i quali, per quanto di interesse in questa sede, risalta la configurazione della seconda istanza davanti al Consiglio di Stato quale rimedio avente funzione rinnovatoria piuttosto che eliminatoria.⁸⁰

Non solo dunque i commentatori della disciplina costituzionale, ma anche gli addetti ai lavori che in sede parlamentare affrontarono al tempo l'annosa questione del come esprimere, nella legislazione ordinaria, il precetto dell'art. 125 Cost., sposarono costantemente l'idea di assegnare al Consiglio di Stato il ruolo di giudice capace di conoscere e pronunciare sulla controversia, tanto in punto di fatto quanto in punto di diritto.⁸¹ Il tenore di quei progetti di legge porta,

Consiglio di Stato"; e dall'altro, chiosando, conclude che l'affermare una volontà del costituente di "garantire la revisione completa in sede di Consiglio di Stato delle pronunzie del giudice amministrativo è probabilmente troppo".

⁷⁹ In tal senso, PIZZORUSSO A., *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, cit., pp. 50-53; ROEHRSEN G., *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988, p. 140.

⁸⁰ Per una rassegna delle varie proposte di legge sul punto, cfr., NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 99-110, il quale richiama i quattro schemi di progetti di legge presentati alla data in cui l'A. pubblicava la propria monografia. In argomento, v. anche, CAIANIELLO V., *Commento all'art. 125 Cost.*, cit., p. 357; MELIS G., *Alle origini dei TAR: l'evoluzione del sistema verso il doppio grado di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, nel cui scritto si fornisce una dettagliata ricostruzione del lungo iter attraverso il quale si è giunti all'approvazione della l. n. 1034/1971.

⁸¹ Per completezza di indagine va però segnalata la proposta al tempo avanzata da Sandulli, riportata da DE LISE P., *La giustizia amministrativa nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in www.giustizia-amministrativa.it. Proposta tesa, invero, a limitare la funzione di secondo grado del Consiglio di Stato

insomma, un ulteriore argomento a suffragio dell'opinione che ravvisa nell'art. 125 Cost. un'indicazione precettiva a che la seconda istanza di giudizio venga strutturata sull'archetipo dell'appello, e più precisamente di un giudizio avente funzione rinnovatoria.

Tesi convalidata, implicitamente, anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla rilevanza costituzionale del principio del doppio grado nell'ambito della giurisdizione amministrativa, ha affermato, in due successivi *obiter dicta*, che i tribunali amministrativi regionali «sono giudici di primo grado, soggetti pertanto al *giudizio di appello* dinanzi al Consiglio di Stato»,⁸² e che dall'impossibilità «di attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado» deriva «la conseguente necessaria *appellabilità* di tutte le sue pronunce».⁸³

Anche la soluzione offerta dalla Consulta collima, insomma, con quella prospettata dalla dottrina maggioritaria, rendendo quanto meno opinabile la proposta di surrogare l'appello al Consiglio di Stato con una mera *querela nullitatis*, e dando per contro conferma di come un disegno di tal fatta si dimostri poco sensibile, se non addirittura in conflitto con il dettato della Carta fondamentale.⁸⁴

7. La generalizzazione del gravame per effetto della l. n. 1034/1971.

Valga comunque osservare che l'entrata in vigore della Costituzione non si è tradotta punto nell'immediata riforma del sistema di giustizia amministrativa,

«al solo riesame dei punti di diritto, senza possibilità di riesame delle decisioni di primo grado sotto il profilo del fatto».

⁸² Corte cost., sent. 1 febbraio 1982, n. 8.

⁸³ Corte cost., ord. 31 marzo 1988, n. 395.

⁸⁴ Risuonano, in tal senso, di assoluta attualità le affermazioni di CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, cit., pp. 395-396, che metteva in guardia dal considerare la *querela nullitatis* alla stregua di un vero e proprio grado di giudizio, «il quale implica sempre una statuizione sul rapporto controverso con esame di merito in fatto e in diritto». Lo stesso pensiero verrà ribadito negli anni successivi da LIEBMAN E.T., *Il giudizio d'appello e la costituzione*, cit., p. 408

nonostante la previsione della VI disposizione transitoria finale che obbligava il legislatore, entro un termine di cinque anni, ad una revisione di tutte le giurisdizioni speciali, fatta eccezione per il solo Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e i tribunali militari. Invero, la natura ordinatoria del predetto termine quinquennale,⁸⁵ accompagnandosi alla previsione meramente programmatica di cui all'art. 125 Cost.,⁸⁶ nonché al tardivo intervento di riforma da parte del legislatore ordinario, ha consentito alle Giunte provinciali amministrative di conservare, per un considerevole intervallo di tempo, le rispettive attribuzioni giurisdizionali.

Determinante nell'attuazione dell'art. 125 Cost. si è invece dimostrato l'intervento della Corte costituzionale, la quale, con le sentenze n. 30 del 1967 e n. 33 del 1968 ebbe a dichiarare l'incostituzionalità delle norme che attribuivano funzioni giurisdizionali alle G.p.a., stante il difetto dei requisiti di imparzialità dell'organo giudicante e di indipendenza dei rispettivi componenti dal potere esecutivo.⁸⁷

In tal modo la revisione del sistema di giustizia amministrativa e, segnatamente, l'attuazione dell'art. 125 Cost., risultava improcrastinabile, atteso che il vuoto di tutela originante dalle declaratorie di incostituzionalità aveva portato, nel frattempo, alla concentrazione in capo al solo Consiglio di Stato,

⁸⁵ Sulla natura ordinatoria del termine *de quo*, cfr. Corte cost., sent. 11 marzo 1957, n. 41.

⁸⁶ Pacifica, in dottrina, è la natura programmatica dell'art. 125 Cost.. Cfr., tra gli altri, BERRUTI A., *Il doppio grado nella giurisdizione amministrativa*, in *Problemi attuali di giustizia amministrativa*, Milano, 1976, p. 16; LEONE G., *Le impugnazioni nel processo amministrativo: profili generali*, cit., p. 19.

⁸⁷ In specie, per quanto riguarda la composizione della Giunta provinciale amministrativa in s.g., la Corte costituzionale, con sent. 16 marzo 1967, n. 30, ha ritenuto l'incostituzionalità dell'art. 1, d.lgs. n. 203/1945, per contrasto con gli artt. 101, 2° comma, e 108, 2° comma, Cost., stante la posizione di dipendenza gerarchica dal potere esecutivo di tre dei cinque componenti della Giunta, quali il prefetto e i due consiglieri di prefettura. Con la successiva sent. 20 aprile 1968, n. 33, la Corte costituzionale ha altresì rilevato l'incostituzionalità delle disposizioni concernenti la composizione della Giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta, ritenendo che anche la «la partecipazione ad un organo giurisdizionale di un solo componente – non indipendente è sufficiente a minare l'imparzialità dell'organo».

quale giudice di unica istanza, di tutte le competenze attribuite precedentemente alle sopresse G.p.a. in sede giurisdizionale.⁸⁸

In esito a tali vicende, il legislatore era dunque intervenuto con l. n. 1034/1971, istituendo i Tribunali amministrativi regionali ed assegnando loro una competenza generale nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Sotto tale profilo, nonostante che voci autorevoli della dottrina avessero affermato, anche a seguito della citata riforma, la piena discrezionalità del legislatore nel limitare la giurisdizione degli organi di primo grado alle sole controversie sugli atti degli enti locali e regionali,⁸⁹ il disegno sposato dalla l. TAR. si dimostrava affatto diverso. D'altra parte, atteso che il nuovo organo di giustizia amministrativa avrebbe dovuto contribuire ad una più ampia tutela delle ragioni del privato nei confronti della P.A., sarebbe risultato poco funzionale al raggiungimento di un siffatto obiettivo, escludere l'accesso alla nuova istanza di giudizio per tutti quei casi in cui l'impugnativa avesse avuto ad oggetto atti imputabili ad amministrazioni statali.⁹⁰

⁸⁸ In ordine al collegamento tra le sopracitate pronunce di incostituzionalità e l'iniziativa del legislatore volta all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, cfr. SANDULLI A.M., *I tribunali amministrativi regionali*, Napoli, 1972, pp. 1 ss.; VIRGA P., *I tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1972, p. 4.

⁸⁹ Tale era l'opinione patrocinata da SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 1147; SANTORO S., *Il giudizio amministrativo di secondo grado*, cit., p. 2597; QUARANTA A., *Doppio grado di giurisdizione*, cit., p. 2, ad avviso del quale va ritenuto che «la garanzia del doppio grado sia stata assicurata a livello costituzionale soltanto per l'attività amministrativa esplicantesi a livello locale». La tesi è stata più di recente ribadita da SAIITA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011, p. 658, ad avviso del quale «in via puramente teorica, lo stesso legislatore ordinario ben potrebbe restaurare la vecchia competenza del Consiglio di Stato come giudice di unico grado per impugnazioni promosse contro provvedimenti di autorità statali governative o indipendenti, senza operare alcuna forzatura del dato costituzionale».

⁹⁰ In proposito, il D.D.L. n. 434 presentato alla Camera dei Deputati il 1° ottobre 1968, da cui sarebbe poi scaturita la l. n. 1034/1971, stabiliva, testualmente, che «se si voleva realizzare, anche nel settore della giustizia amministrativa, così intimamente connesso all'azione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici, il principio di decentramento enunciato come fondamentale nell'ordinamento giuridico della Repubblica Italiana dall'art. 5 della Costituzione, e fare degli istituendi tribunali un efficace strumento di democrazia, era necessario compiere un passo innanzi. È stato così accolto il criterio (condiviso dall'Alto Consesso) di deferire ai tribunali amministrativi la competenza generale

In tale contesto, peraltro, se da un lato, con l'istituzione dei nuovi organi decentrati veniva restituito al sistema di giustizia amministrativa quel doppio grado di giudizio venuto meno per effetto degli interventi della Corte costituzionale,⁹¹ dall'altro, deve comunque fuggirsi dal convincimento che tra le Giunte provinciali e i Tar potesse in qualche modo sussistere un nesso di continuità.⁹² Ciò che è confermato dalla sfera di competenza attribuita ai Tribunali regionali, chiamati a conoscere sia delle materie precedentemente assegnate alla competenza delle G.p.a. in sede giurisdizionale, sia delle materie rimesse in origine alla cognizione del Consiglio di Stato in unico grado.⁹³

Ne è derivata, in ossequio alla previsione costituzionale che impedisce di assegnare ai Tar una competenza in unica istanza (art. 125 Cost.), la generalizzazione del doppio grado di giudizio all'interno del processo amministrativo e, dunque, l'appellabilità innanzi al Consiglio di Stato di tutte le pronunce rese in prime cure.⁹⁴

Senonché, pur dovendo apprezzare la (tardiva) riforma del 1971 per aver recepito, quanto meno sul tema del doppio grado di giurisdizione, le indicazioni provenienti dalla Carta fondamentale, va cionondimeno preso atto di come

per decidere in primo grado sui ricorsi avverso gli atti e provvedimenti definitivi delle autorità dello Stato e degli enti pubblici anche non territoriali aventi sede nelle rispettive circoscrizioni».

⁹¹ A riguardo, osserva PAJNO A., *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, cit., pp. 542-545, che l'introduzione dell'appello generalizzato non poteva che passare per la "restituzione" del giudice di primo grado, già espunto dall'ordinamento «a cagione della mancanza della necessaria, strutturale, indipendenza dei propri componenti», con la conservazione, da parte del Consiglio di Stato, della tradizionale posizione di "vertice" nell'organizzazione della giustizia amministrativa.

⁹² L'osservazione è di BERRUTI A., *Il doppio grado nella giurisdizione amministrativa*, cit., p. 19.

⁹³ A riguardo GIANNINI M.S., *Tribunali amministrativi regionali*, in *Temì romana*, 1972, p. 5., rileva che con la riforma del 1971 il legislatore non si è limitato a riprodurre, con i necessari perfezionamenti, le G.p.a., ma si è invece ispirato al cd. modello francese del 1953, connotato da «organi giurisdizionali di primo grado aventi giurisdizione su ogni provvedimento di autorità amministrativa».

⁹⁴ A riguardo, l'art. 28, comma 2, l. n. 1034/1971, stabiliva che contro le sentenze dei tribunali amministrativi «è ammesso, altresì, ricorso al Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, da proporre nel termine di giorni sessanta dalla ricevuta notificazione, osservato il disposto dell'art. 330 del codice di procedura civile».

quello stesso intervento riformatore fosse stato da più parti additato come incompiuto e laconico.⁹⁵ Lacune che peraltro riguardavano la stessa disciplina dell'appello, e si dimostravano di conseguenza tanto più gravi, in una legge che aveva avuto il suo fulcro proprio nell'attuazione generalizzata del doppio grado di giurisdizione.

Basti in questa sede rammentare che il legislatore, pur dedicando apposite disposizioni alla pronuncia del giudice del gravame, distinguendo tra sentenze d'annullamento senza rinvio (art. 34, comma 1, l. TAR), con rinvio (art. 35, commi 1 e 2, l. TAR) e di decisione della controversia (art. 35, comma 3, l. TAR), nulla disponeva circa il problema dello *ius novorum*, dell'effetto devolutivo e dell'effetto traslativo. Così come non venivano portate ad alcuna soluzione né l'annosa questione del rapporto tra l'oggetto del giudizio di primo grado e l'oggetto del giudizio d'appello, né la possibile connessione tra le più impugnazioni separatamente proposte. Era ancora una volta la giurisprudenza a doversi far carico dell'opera di integrazione della disciplina afferente la fase di gravame.

A tali lacune si aggiungeva la riproposizione di quella che Nigro aveva definito come un'antitesi,⁹⁶ tra *funzione rinnovatoria* del gravame, espressa dall'art. 28, cpv., l. TAR, nella parte in cui quest'ultimo, riconoscendo al giudice dell'appello gli stessi poteri di cognizione e decisione del giudice di primo grado, avrebbe implicato, nella fase di gravame, un'integrale rinnovazione del primo grado di giudizio; e *struttura impugnatoria* del medesimo gravame, espressa, quest'ultima, dall'art. 29, comma 1, l. TAR, che, nel grado d'appello, prevedeva l'applicazione delle norme relative alla procedura per il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, il quale andava inteso, alla stregua del T.U. n. 1054/1924, come giudizio tipicamente impugnatorio.

⁹⁵ In tal senso, GIANNINI M.S., *I tribunali amministrativi regionali*, cit., pp. 15-17; NIGRO M., *I tribunali amministrativi regionali*, cit., pp. 24 ss.; BERTI G., *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, cit., pp. 1891 ss..

⁹⁶ NIGRO M., *op. ult. cit.*, p. 25.

Derivava da tutto ciò che alle vecchie norme processuali amministrative, tacciate di insufficienza e sommarietà,⁹⁷ sia con generico riferimento all'intera materia della giustizia amministrativa, sia con riguardo allo specifico istituto dell'appello, veniva a sostituirsi un inedito complesso di norme, capace solo in parte di ovviare alle carenze del previgente sistema normativo. Sicché, se già nei riguardi di quest'ultimo la giurisprudenza era stata chiamata ad una copiosa opera di integrazione, facendo rinvio per quanto possibile a norme afferenti altri settori processuali, tra i quali primeggiava quello processualcivilistico, la stessa opera di integrazione continuava a dirsi non meno indispensabile finanche a seguito della riforma organica del 1971.⁹⁸

In particolare, va segnalato che la lacunosa ed imperfetta regolazione dell'appello aveva indotto i giudici ad elaborare una disciplina giurisprudenziale derivante dall'adattamento delle norme del cod. proc. civ. al processo amministrativo. Su tali basi si erano così ritenuti applicabili, oltre ai principi generali codificati dalla disciplina processualcivilistica,⁹⁹ anche una serie di puntuali disposizioni dettate per il giudizio di secondo grado, tra le quali: l'art. 331 c.p.c. sulle cause inscindibili;¹⁰⁰ gli artt. 333-334 c.p.c. sulle impugnazioni incidentali;¹⁰¹ l'art. 340 c.p.c. sulla riserva d'appello nel caso di sentenza non

⁹⁷ Così, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 38, che discorre della disciplina del processo amministrativo come «sommatoria, ermetica, invecchiata».

⁹⁸ Sul rapporto tra le norme del codice di procedura civile e la disciplina del processo amministrativo, a seguito della I. TAR, cfr. VERDE G., *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1985, V, pp. 157 ss., il quale parte dalla premessa che i due sistemi processuali abbiano eguale dignità, ma afferma cionondimeno che è più semplice pensare al codice di procedura civile come ad una legge generale e alle norme processuali amministrative come a leggi speciali, senza che ciò comporti alcuna limitazione alla pari dignità dei due processi.

⁹⁹ Per un'elencazione dei principi generali di diritto processuali applicabili al processo amministrativo, VERDE G., *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, cit., pp. 162-163 il quale richiama, tra gli altri: il principio della domanda (art. 99 c.p.c.); il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.); il principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.).

¹⁰⁰ Cons. Stato, Ad. plen., 28 ottobre 1980, n. 39, in *Foro it.*, 1981, III, pp. 131 ss..

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 1983, n. 308, in *Foro amm.*, 1983, I, p. 1010.

definitiva;¹⁰² e l'art. 345 c.p.c. sulle domande nuove e sulle nuove eccezioni in appello.¹⁰³

D'altra parte, tanto maggiori risultavano gli spazi per operare un'integrazione analogica con le norme di derivazione processualcivilistica, tanto più elevato era il grado di incertezza che veniva a determinarsi sull'individuazione della specifica disciplina da applicare al giudizio d'appello, tenuto conto che l'attività di integrazione e i limiti di questa dipendevano essenzialmente dall'apprezzamento dei singoli giudici.

8. Codificazione del processo amministrativo ed attualità dell'opera di integrazione analogica.

La breve descrizione dell'evoluzione normativa concernente l'appello nel sistema di giustizia amministrativa va completata, a questo punto, con un accenno alla recente opera di codificazione che ha interessato l'intero processo amministrativo. La disciplina dell'appello recata dal cod. proc. amm. (d.lgs. n. 104/1010) è limitata, per vero, ad una serie ristretta di previsioni legislative (artt. 100-105 c.p.a.), da integrare, tuttavia, con le disposizioni riguardanti le impugnazioni in generale (artt. 91-99 c.p.a.) e con quelle concernenti lo svolgimento del giudizio di prime cure (art. 38 c.p.a.). Ciò che rende, nel complesso, la disciplina in materia d'appello dotata di un apprezzabile grado di organicità e completezza.¹⁰⁴

In tale contesto, l'opera di riassetto delle disposizioni sul processo amministrativo,¹⁰⁵ realizzata attraverso lo strumento di un codice unitario, risulta

¹⁰² Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 1981, n. 494, in *Foro amm.*, 1981, I, p. 1979.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 1987, n. 506, in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 1132.

¹⁰⁴ Cfr. SIGISMONDI G., *Le impugnazioni*, in *Foro it.*, 2010, V, pp. 222 ss., il quale segnala che «Le disposizioni che regolano l'appello contribuiscono a risolvere (o a confermare soluzioni interpretative già individuate dalla giurisprudenza) gran parte dei problemi emersi con riguardo alla normativa fino ad oggi in vigore».

¹⁰⁵ È bene precisare, a riguardo, che l'art. 44, l. n. 69/2009, contenente «Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo», non faceva espresso riferimento ad

coerente con il concetto stesso di codificazione, il quale, come osservato in dottrina, evoca l'idea della certezza, della chiarezza e della stabilità, nonché l'esistenza di una disciplina generale capace di imprimere ordine al settore cui si riferisce.¹⁰⁶

Senonché, pur dovendo apprezzare lo sforzo del legislatore di aver dato anche alla giustizia amministrativa finalmente un codice, è bene non cadere nell'illusione di poter realizzare uno studio sulla funzione e sull'oggetto del giudizio d'appello attraverso un'asettica lettura delle disposizioni legislative, dovendosi al contrario aver riguardo, costantemente, al modo in cui quelle stesse disposizioni vivono nell'ordinamento giuridico attraverso l'opera di interpretazione fornita dalla giurisprudenza.¹⁰⁷

Ciò, del resto, è tanto più vero nel caso che ci occupa, posto che la struttura e la dimensione del *Codice*, snello e relativamente aperto,¹⁰⁸ non escludono, ma anzi agevolano l'apporto sistematizzante della giurisprudenza e della dottrina.¹⁰⁹ E non potrebbe essere altrimenti, laddove, come ricordato poc'anzi, le disposizioni che il legislatore dedica espressamente al giudizio di secondo grado sono in realtà contenute entro pochi articoli.

un'opera di codificazione, ma al «riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato».

¹⁰⁶ PAJNO A., *Una codificazione per frammenti*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2005, p. 134.

¹⁰⁷ In questo quadro risultano di tutta attualità le osservazioni sviluppate da IRTI N., «*Codici di settore*»: *compimento della «decodificazione»*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di SANDULLI M.A., cit., p. 18, per il quale i codici non costituiscono forme logiche, necessarie all'esistenza del diritto, ma forme statiche, dalle quali discende oltre che l'idea della stabilità, altresì l'emergere di un nuovo corso legato all'affermazione della stabilità medesima.

¹⁰⁸ Così lo definisce CHIEPPA R., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012, p. 10.

¹⁰⁹ Sul punto, cfr. GARDINI G. – MASTRAGOSTINO F. – VANDELLI L., *La giustizia amministrativa nella giurisprudenza*, Rimini, 2014, p. 10, laddove si mette in risalto che «la parabola del diritto processuale amministrativo non si sia affatto conclusa con l'approvazione del codice, ma trovi anzi in esso il suo punto di inizio, una seconda genesi».

Il tutto può comportare – specialmente per l'appello – l'esigenza di un rinvio alle disposizioni dettate dal codice di procedura civile, quand'anche non espressamente richiamate (art. 39 c.p.a.).¹¹⁰

L'opera di codificazione non deve infatti ingenerare nell'interprete la convinzione di ritenere anacronistico l'utilizzo di norme afferenti altre branche dell'ordinamento giuridico tra cui, segnatamente, le norme processuali civili, onde poter definire in concreto la disciplina applicabile alle liti portate innanzi ai giudici amministrativi.¹¹¹ Certo, l'entrata in vigore del *Codice* costringe entro spazi più ristretti il rinvio generalizzato alle norme processualcivilistiche. Cionondimeno, è bene abbandonare ogni approccio autoreferenziale che porti ad intendere l'opera di codificazione siccome dotata di un'assoluta completezza che la renderebbe impermeabile ad ogni integrazione *ab extrinseco*.

Del resto, come osservato dai primi commentatori del *Codice*, va rilevato che la disciplina in materia di impugnazioni, più delle altre, risente della vicinanza

¹¹⁰ L'integrazione della disciplina dettata dal c.p.a., attraverso il rinvio al codice di procedura civile è, anzi, resa ancor più attuale dalla previsione di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a., ai sensi del quale *“Per quanto non disciplinato dal presente Codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”*. Trattasi del c.d. rinvio esterno (speculare al rinvio interno disposto ex art. 38 c.p.a.), sul quale peraltro va registrata una correzione del testo da parte del Governo rispetto all'originaria formulazione del precetto, così come licenziato dalla Commissione speciale insediata presso il Consiglio di Stato. In specie, mentre nella bozza iniziale del *Codice* l'applicabilità delle disposizioni del codice di procedura civile era ammessa *“per quanto non espressamente previsto”* dal codice del processo amministrativo, di converso, il testo attuale della norma rinvia alla disciplina processualcivilistica *“per quanto non disciplinato”* dal D.Lgs. n. 104/2010. Alla sottile differenza di formulazione dei testi si accompagna un'incisiva distinzione semantica tra la disposizione originaria e quella ad oggi vigente, posto che il rinvio al codice di procedura civile *“per quanto non espressamente previsto”* avrebbe indubbiamente pregiudicato, o quanto meno, attenuato l'autonomia del codice del processo amministrativo. Al contrario, nel testo attuale, l'art. 39 c.p.a. impone all'interprete di ricercare in prima battuta la soluzione della questione tra le previsioni espresse del Codice, per poi passare eventualmente ad una ricerca che muova dai principi generali desumibili dalla novellata legislazione, e segnatamente da quelli contenuti nel Capo I del c.p.a., sicché soltanto laddove neppure quest'ultima ricerca valga a risolvere la questione portate all'attenzione del giudice, si renderà praticabile il rinvio al codice di procedura civile.

¹¹¹ A riguardo, PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, I, pp. 134-135.

strutturale e funzionale del processo amministrativo rispetto al processo civile: le peculiarità del processo amministrativo, insomma, diminuiscono – ma, come risulterà chiaro, non vengono comunque obliterate – con riferimento ai mezzi di impugnazione, poiché lo scopo di questi ultimi, vale a dire quello di far fronte all'ingiustizia e all'invalidità della sentenza, rende in parte indifferente le divergenze riscontrabili sul piano del diritto sostanziale che giustificano invece l'esistenza della giurisdizione amministrativa, chiamata a risolvere le c.d. controversie di diritto pubblico nelle quali sempre si disputa intorno all'esercizio del potere.¹¹²

¹¹² Sul concetto di controversia di diritto pubblico, CERULLI IRELLI V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, Roma, 2016, p. 32, il quale rimarca, peraltro, che «la nozione di controversie di diritto pubblico è del tutto speculare a quella di rapporti di diritto pubblico, questa seconda operante sul piano sostanziale, l'altra sul piano della tutela giurisdizionale».

CAPITOLO II

L'OGGETTO DELL'APPELLO AMMINISTRATIVO.

1. Premessa.

Lo studio della funzione del giudizio d'appello – laddove per funzione si intende il risultato giuridico diretto ed immediato cui la nuova fase di giudizio è preordinata - è intrinsecamente collegato alla definizione della struttura che caratterizza il giudizio stesso.

In particolare, come già segnalato nella precedente fase dell'indagine affrontando il problema da un punto di vista dogmatico (cfr. *supra*, Cap. I, par. 3), è bene ribadire che se la presenza di una funzione rinnovatoria del giudizio di secondo grado può coesistere, entro certi limiti, con una sua struttura impugnatoria, allo stesso tempo, l'elemento teleologico che caratterizza il rimedio dell'appello non può essere definito in maniera aprioristica, ma richiede, per l'appunto, un'analisi dettagliata di tutta una serie di elementi che caratterizzano la struttura del processo.

Tra questi, un ruolo fondamentale va riconosciuto all'oggetto del giudizio di secondo grado,¹ il quale può essere alternativamente individuato nella

¹ Sulle interrelazioni tra l'oggetto dell'appello e la funzione rinnovatoria ovvero eliminatoria del secondo grado di giudizio, cfr. VIRGA P., *L'oggetto dell'appello amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, pp. 725; LUBRANO F., *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, Roma, 1983, pp. 35 ss.; PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 325 ss.; NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, cit., pp. 284 ss.; GALLO C.E., *Funzione e prospettiva dell'appello nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di U. Pototschnig*, Milano, 2002, p. 552; SCOCA S.S.,

sentenza avverso la quale si rivolgono le censure sviluppate dall'appellante ovvero nel rapporto controverso che ha già costituito oggetto del precedente grado di giudizio. Talché, laddove il sindacato del giudice di seconde cure abbia ad oggetto la sola legittimità della pronuncia impugnata, la dimensione teleologica del giudizio sarà di tipo eliminatorio; mentre nel caso in cui la cognizione del secondo giudice ricada sulla fondatezza o meno dell'una o più domande avanzate in primo grado potrà ravvisarsi una funzione rinnovatoria, che sempre si accompagna all'esercizio della *cognitio causae*.

In questo quadro, richiamando quanto già detto in precedenza (cfr. *supra* Cap. I, par. 3), giova ribadire che l'oggetto del giudizio d'appello può risultare diversamente definito a seconda che in tale giudizio si presentino con maggior vigore i caratteri tipici del gravame in senso stretto ovvero quelli dell'impugnativa. L'alternativa, nella sua più netta espressione, è quella che passa tra un nuovo giudizio sulla lite, il quale prescinde del tutto dai risultati raggiunti in prime cure; ed un riesame concernente l'operato del primo giudice, volto ad accertare eventuali errori commessi da quest'ultimo. Per usare un linguaggio caro a gran parte della dottrina e della giurisprudenza, trattasi dell'alternativa tra il c.d. *novum iudicium* e la c.d. *revisio prioris instantiae*.²

Le formule anzidette, tuttavia, sebbene utilizzate di frequente dagli operatori giuridici, si caratterizzano per un'estrema genericità che non consente

Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti, in *Dir. proc. amm.*, 2008, II, p. 460; MONTEDORO G., *Brevi considerazioni in tema di principii generali sui mezzi di impugnazione delle sentenze e futura codificazione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, III, pp. 663 ss.. Nella dottrina processualciviltistica, cfr. CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., pp. 132 ss.. Più di recente, cenni in POLI R., *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, I, pp. 48 ss..

² In dottrina, la dicotomia tra i due modelli si ritrova, tra gli altri, in VIRGA P., *L'oggetto dell'appello amministrativo*, cit., pp. 725 ss.; PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 374 ss.; MENCHINI S., *La rimessione della causa al primo giudice nell'appello amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, II, p. 352 ss.; SATTA F., *Eccezioni nuove in appello*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 12 agosto 2002, n. 4163, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2002, IX, p. 2168; SAIITA F., *I nova nell'appello amministrativo*, Milano 2010, pp. 81 ss.. In giurisprudenza, per un testuale riferimento alla dicotomia in esame, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2697; sez. V, 24 marzo 2014, n. 1425; sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 356.

di ricondurre ad esse un preciso e dettagliato modello di impugnazione,³ ragion per cui può seriamente dubitarsi della capacità delle stesse di rispondere ad una *ratio* sistematizzante dei mezzi di gravame. Non è un caso che nella stessa dottrina sia stata manifestata l'esigenza di intendere con moderazione la sopraccitata dicotomia, in quanto il giudizio non è mai talmente nuovo da poter assurgere ad un vero e proprio nuovo processo,⁴ e non è mai così esclusivamente critico da cadere solo sui motivi di censura senza investire l'originario rapporto controverso.⁵

Tanto premesso, prescindendo dunque dal ricorso alle astratte categorie di cui s'è detto, è bene osservare che all'individuazione dell'oggetto dell'appello è dato pervenire soltanto all'esito di un attento esame della disciplina positiva, avendo riguardo, in specie, ad una serie di indici sintomatici tra i quali spiccano, da un lato, la funzione attribuita ai motivi di impugnazione nei confronti della sentenza di primo grado (oggetto del presente capitolo), e dall'altro lato, il funzionamento dell'effetto devolutivo ed il regime dello *ius novorum* nel giudizio d'appello (sul quale ci si soffermerà nei capitoli successivi).⁶

La configurazione dell'appello come gravame di un determinato tipo e, dunque, l'individuazione del rispettivo oggetto, non costituisce insomma un dato

³ Critico sull'utilizzo della dicotomia *novum iudicium* – *revisio prioris instantiae*, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, pp. 48-51. Dubita dell'esattezza della schematizzazione in esame anche BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 1333.

⁴ Osserva sul punto CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 137, che, in ogni caso, «non si può ritenere estraneo all'oggetto del giudizio ciò rispetto a cui la pronuncia è funzionalmente destinata a spiegare la sua efficacia», vale a dire la sentenza di primo grado. «Pertanto, accanto all'oggetto del precedente giudizio può essere oggetto d'impugnazione la sentenza contro cui si propone il rimedio» (p. 138).

⁵ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 138. Sul punto, anche PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 374, in cui si pone in rilievo che «il giudizio sul giudizio non potrebbe essere esclusivamente tale se non conducesse, in caso di conclusioni sfavorevoli del primo giudice, al puro e semplice annullamento della sentenza, con rinvio».

⁶ Circa l'incidenza dello *ius novorum* sulla funzione dell'appello, già CALAMANDREI P., *Appello*, cit., p. 731, aveva messo in risalto che la possibilità di ammettere i *nova* nel secondo grado di giudizio costituisce l'elemento che consente di distinguere tra un appello inteso come rimedio agli errori del giudice e appello che attua semplicemente il «diritto di ottenere dal giudice una nuova sentenza di merito».

preesistente alle norme di legge,⁷ a meno di non voler scadere in effimere petizioni di principio di alcuna utilità ai fini della presente indagine. In tal senso, coglie nel segno l'affermazione di quella dottrina la quale ha sagacemente osservato che «il tempo delle analisi condotte nella logica dei grandi modelli, che in qualche modo tendevano a condizionare a questi gli istituti previsti dal diritto positivo, sembra ormai trascorso».⁸ Vale pertanto evidenziare l'importanza del dato positivo in sede ricostruttiva, laddove in assenza di un paradigma d'appello preformato è giocoforza prendere le mosse dagli elementi offerti dal legislatore.

2. Funzione e contenuto dei motivi di ricorso.

Prima di chiarire in che modo la funzione assegnata ai motivi di impugnazione può riverberarsi sull'individuazione dell'oggetto del giudizio di secondo grado e sulla rispettiva funzione è opportuno soffermarsi sul concetto di "motivo d'impugnazione". Questo, dal punto di vista del diritto processuale, rappresenta la *causa petendi* dell'impugnazione stessa.⁹ Sotto tale profilo, dunque, il ruolo giocato dai motivi d'impugnazione non si discosta da quello proprio dei motivi di ricorso dedotti in primo grado,¹⁰ laddove entrambi sono diretti ad

⁷ PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, cit., § 2: «L'analisi storica e comparatistica dell'appello rivela, o meglio ha rivelato, come l'unico dato costante di questo istituto è la sua funzione di garanzia soggettiva di impugnazione, garanzia che si realizza però attraverso strutture notevolmente diverse a seconda soprattutto della specie di ordinamento giudiziario».

⁸ POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 177.

⁹ In tal senso, cfr. ROMANO A. A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici d'impugnazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, IV, p. 1221, consultabile in www.iusexplorer.it; SASSANI B., *Appello (dir. proc. civ.)*, voce in *Enc. dir., Aggiorn.*, III, 1999, p. 193; POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 435; SCHIAFFINO G., *Omessa specificazione dei motivi nell'atto d'appello: nullità o irregolarità?*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 137 ss., spec. p. 146. Con specifico riferimento al processo amministrativo, LEONE G., *Le impugnazioni nel processo amministrativo: profili generali*, cit., p. 283.

¹⁰ Che i motivi di ricorso identifichino la *causa petendi* della domanda è acquisizione che può ritenersi pacifica, anche nel processo amministrativo, fin dai tempi più risalenti. In tal senso, cfr. GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, rist. della 3^a ed., Padova, 1957, p. 213.

individuare la ragione giustificatrice del risultato (*petitum*) che si intende conseguire all'esito dell'instaurato processo.

D'altra parte, vale fin d'ora anticipare che il contenuto della *causa petendi* nel processo di primo grado e d'appello può atteggiarsi in maniera sensibilmente diversa. Come meglio risulterà in seguito, infatti, ad un'attenta lettura le differenze tra i motivi di ricorso dedotti in prime cure ed i motivi di impugnazione si palesano tanto sotto il profilo contenutistico quanto sotto l'aspetto funzionale, e tali differenze si riverberano a loro volta sulla definizione dell'oggetto del giudizio rispettivamente di primo grado e d'appello e sulla funzione di quest'ultimo.

3. Funzione e contenuto dei motivi di ricorso in primo grado.

Per quanto riguarda il processo amministrativo di primo grado, il motivo di ricorso è stato tradizionalmente inteso, nell'impostazione della dottrina più risalente, come l'affermazione di una specifica condizione di difformità in cui un atto dell'Amministrazione viene a trovarsi rispetto al relativo paradigma normativo.¹¹ In tale prospettiva, dunque, il motivo di ricorso altro non è se non il vizio di legittimità affermato quale motivo di invalidazione.¹² Ne deriva che la

¹¹ Così, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 291 ss., il quale distingue nel motivo di ricorso due componenti: da un lato la fattispecie normativa asseritamente violata, dall'altro l'accadimento storico che concreta la difformità dalla fattispecie normativa. Simile la posizione di ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p. 339 ss., secondo cui «la difformità dal paradigma legislativo del singolo aspetto del comportamento della pubblica amministrazione, risulta, evidentemente, dal combinarsi di due elementi, i quali, considerati in sé e per sé, hanno, altrimenti, una esistenza del tutto autonoma e distinta: la norma di legge, che è violata, e l'aspetto del comportamento della pubblica amministrazione, che la viola». In senso analogo, cfr. CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 142.

¹² GIANNINI M. S., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 152, secondo cui per motivo di ricorso si intende «la prospettazione di un vizio del provvedimento impugnato, fatta mediante esposizione di vicende di fatto e di relative qualificazioni giuridiche poste deduttivamente». La stretta correlazione tra il vizio dell'atto ed il motivo di ricorso è ben evidenziata anche da NIGRO M.,

causa petendi, individuata tramite i motivi, si traduce nella designazione dei fatti da cui origina il vizio di legittimità di cui trattasi¹³ e, conseguentemente, il «diritto alla invalidazione dell'atto»,¹⁴ dovendosi precisare che la designazione dei fatti suddetti non si risolve nella mera narrazione di una vicenda storica, bensì nel

L'appello nel processo amministrativo, cit., p. 292, il quale, in proposito, ricorre alla formula del c.d. "vizio-motivo".

¹³ CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 137: «ciascun vizio dell'atto, rappresentato da una specifica difformità tra atto amministrativo e fattispecie legale, identifica un autonomo motivo di invalidità, vale a dire un autonomo motivo di ricorso, cioè un'autonoma *causa petendi*».

¹⁴ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit. p. 18, la cui posizione, a riguardo, è pressoché identica a quella di ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, pp. 113-114, secondo cui l'oggetto del processo amministrativo sarebbe l'accertamento dell'esistenza di un diritto potestativo, quale, per l'appunto, il diritto all'annullamento dell'atto impugnato. In senso analogo, CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 135: «L'oggetto del processo è rappresentato dal diritto all'annullamento dell'atto amministrativo che sorge in conseguenza dell'emanazione di un atto non conforme in uno o più aspetti» alla norma attributiva del potere; DI RENZO M., *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, p. 149, secondo cui «nei giudizi di impugnazione il fatto costitutivo del diritto vantato dal ricorrente alla demolizione dell'atto amministrativo è rappresentato dai vizi di tale atto denunciati dallo stesso ricorrente». L'orientamento in esame recepisce in sostanza gli insegnamenti della dottrina processualcivile in ordine all'oggetto delle sentenze costitutive, le quali, secondo BETTI E., *Diritto processuale civile*, cit., 548, accertano «come preesistente il diritto potestativo a un mutamento dell'attuale stato giuridico», ed una volta accertata l'esistenza di quel diritto, attuano esse stesse «il mutamento cui il diritto tende, costituendo il nuovo stato giuridico». *Contra*, VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, pp. 39 ss., il quale sviluppa una serrata critica avverso l'orientamento che risolve l'oggetto del processo amministrativo nell'accertamento di un diritto potestativo all'annullamento di un atto. Ad avviso dell'A., in particolare, la tesi predetta risulterebbe fallace, giacché, se il ricorrente è titolare di un diritto al mutamento giuridico (*rectius*: diritto potestativo), ne dovrebbe derivare, quale logica conseguenza, che la pronuncia del giudice, nell'accertare l'esistenza di quel diritto, non avrebbe alcuna efficacia costitutiva, giacché gli «effetti innovatori» sarebbero prodotti non già dalla sentenza ma dallo stesso diritto potestativo. Ciò che consentirebbe al privato di produrre una modificazione nell'ordinamento giuridico anche attraverso una dichiarazione unilaterale di tipo negoziale, senza dover instaurare un giudizio. Conclusione evidentemente inaccettabile qualora l'effetto che il ricorrente intenda produrre consista nella caducazione di un atto amministrativo.

rapportare quei fatti ad una fattispecie legale che si assume violata da un comportamento della pubblica amministrazione.¹⁵

Com'è evidente, l'impostazione predetta sconta una particolare e tralatizia concezione del processo amministrativo, quale «processo di reazione invalidatoria contro un atto».¹⁶ Processo, insomma, il cui oggetto sarebbe rappresentato dall'accertamento di un diritto all'invalidazione dell'atto amministrativo impugnato,¹⁷ ovvero, secondo una diversa ricostruzione, a lungo maggioritaria, dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto in relazione ai motivi dedotti da parte del ricorrente.¹⁸ Una soluzione, questa, del resto coerente con il quadro normativo risultante dagli (ormai abrogati) artt. 26 e 45 T.U. n. 1054/1924, e dall'art. 26, l. n. 1034/1971 (anch'esso abrogato), stante il testuale riferimento delle surrichiamate disposizioni ai ricorsi «contro atti o provvedimenti» amministrativi. Ciò che lasciava intendere come nel processo amministrativo si facesse essenzialmente questione della sola legittimità (*rectius*: illegittimità) di un atto dell'Amministrazione.

Senonché, la recente e profonda evoluzione che ha interessato il processo amministrativo porta a ritenere anacronistica l'individuazione del rispettivo

¹⁵ Nel senso che la fattispecie normativa invocata in giudizio rappresenti un elemento di identificazione della *causa petendi*, cfr. NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, p. 291-295.

¹⁶ Così, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 154. Sul punto, anche GIANNINI M. S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 254: «L'illegittimità del provvedimento, la lesione dell'interesse protetto integrano la fattispecie costitutiva di un potere (d'annullamento), che è il mezzo di tutela finale concesso all'amministrato per chiedere al giudice la rimozione dell'atto amministrativo [...]»; SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986, pp. 93 ss.: «La giustizia amministrativa si compie con l'annullamento; il resto non è procedura [...] ma amministrazione».

¹⁷ V. *retro*, nota 14.

¹⁸ VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pp. 493 ss. (spec. p. 542). A tale scuola di pensiero, a lungo dominante, hanno aderito, tra gli altri, pur con diverse sfumature, VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 125; ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, IV, p. 677. In parte diversa la posizione di PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 342, che a giusta ragione osservava come «oggetto del ricorso per annullamento è [...] in prima linea il provvedimento amministrativo; ma oggetto necessario è pure la declinatoria di dati profili del rapporto sostanziale».

oggetto nel solo accertamento dell'illegittimità di un atto di cui si domanda l'annullamento. Ciò, sia perché l'azione di annullamento si configura, essa stessa, diversamente dal passato, stante la previsione dei c.d. vizi non invalidanti di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990 (disposizione, questa, che vince l'equazione tra l'illegittimità dell'atto e la conseguente sanzione dell'annullamento e induce, dunque, a disancorare il sindacato del giudice dal mero riscontro della difformità dell'atto rispetto ai parametri normativi di riferimento);¹⁹ sia perché il legislatore ha introdotto nuove forme di tutela azionabili davanti al G.A., che prescindono del tutto dall'impugnativa di un atto o provvedimento dell'Amministrazione.²⁰

In tale contesto si è manifestata, pertanto, la necessità di una rimediazione dell'oggetto del processo²¹ e, parallelamente, del contenuto in cui si specifica la

¹⁹ In proposito, cfr. SCOCA F. G., *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, IV, pp. 1397 ss.. Sulla natura sostanziale ovvero processuale della norma di cui all'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, LAZZARA P., *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990*, in *Foro amm. – CDS*, 2009, I, pp. 190 ss.. Circa la problematica dei c.d. vizi non invalidanti, seppur in prospettiva comparata con l'ordinamento tedesco, SCHMIDT ARBMAN E., *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, III, pp. 471 ss.

²⁰ A riguardo, cfr. ABBAMONTE G., *L'oggetto della giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, II, p. 359, laddove si osserva che «mentre l'atto impugnato era l'occasione necessaria del ricorso nell'ordinamento precedente, a parte i problemi del silenzio, attualmente, per testuale disposizione dell'art. 40 c.p.a. l'atto diventa una eventualità». Sulle nuove azioni esperibili nel processo amministrativo, cfr., CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, II, pp. 436 ss.; CARBONE A., *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, III, pp. 864 ss.; ID., *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. TAR*, 2011, IX, pp. 2959 ss.;

²¹ Sul tema dell'oggetto del processo amministrativo e sulle varie ricostruzioni sviluppate in proposito può farsi rinvio, anche per ampi riferimenti dottrinali, a POLICE A., *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, IV, pp. 1197 ss., il quale, da parte sua, individua l'oggetto del processo nella riparazione della lesione di una situazione giuridica soggettiva del ricorrente che arrechi a quest'ultimo un danno ingiusto. Tra gli altri, in tema, anche GIACCHETTI S., *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, pp. 1483 ss.; VILLATA R., *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Milano, 1982, pp. 705 ss.; CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del*

causa petendi siccome dedotta attraverso i motivi di ricorso. Il disegno codicistico ha infatti superato la tradizionale configurazione della tutela dell'interesse legittimo come tutela di tipo impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna, in grado di assicurare il soddisfacimento della pretesa vantata dalla parte vittoriosa.²² Il processo amministrativo, insomma, non è più teso a vagliare solo ed esclusivamente la legittimità di un atto alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso, bensì è «volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, [...] ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione».²³

Di conseguenza, la *causa petendi* della domanda, individuata tramite i motivi di ricorso, può non esaurirsi nei soli fatti da cui origina il vizio di legittimità in cui è incorsa l'Amministrazione, ma ricomprende, in senso più generale, l'intero complesso dei fatti costitutivi posti a fondamento della pretesa sostanziale di cui

giudizio amministrativo, in *Foro amm.*, 1980, II, pp. 857 ss.; MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, II, pp. 463 ss..

²² A riguardo, si ricorda che l'art. 44, comma 2, lett. b), n. 4, l. n. 69/2009, delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo davanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

²³ Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3. In dottrina, cfr. POLICE A., *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, XI, pp. 1171 ss., il quale parla di «giudizio tendente all'accertamento ed alla soddisfazione della pretesa fatta valere in giudizio»; CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 73 ss., in cui si rileva che «il legislatore ha dato atto di abbandonare l'impostazione tradizionale della giurisdizione di legittimità per abbracciare un sistema ove le diverse domande proponibili si pongano quale corrispettivo processuale della pretesa sostanziale, che, per mezzo di queste, entra in maniera diretta nella realtà del giudizio»; TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 200, ove si afferma che «l'azione ha come obiettivo istituzionale quello di consentire alla parte di ricorrere al giudice, per ottenere la realizzazione di una pretesa riconosciuta e garantita dal diritto sostanziale che fosse rimasta precedentemente insoddisfatta». L'impostazione in esame, del resto, è coerente con la stessa funzione del processo amministrativo, il quale, secondo CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, II, p. 369, è «inteso a tutelare situazioni soggettive protette (diritti e interessi legittimi) nei confronti dell'esercizio del potere [...] senza alcuna possibilità di limitazione nei mezzi e nell'oggetto (part. art. 113, 2° co.)».

il ricorrente mira ad ottenere la realizzazione,²⁴ avendo cura di precisare che l'elaborazione di una più dettagliata accezione della *causa petendi*, valida per ogni tipo di azione esperibile, è intrinsecamente ostacolata dal rilievo per cui l'oggetto del giudizio amministrativo e con esso le ragioni poste a base della domanda, pur orbitando intorno alla legittimità dell'episodio di esercizio del potere, mutano in relazione al tipo di domanda che viene in concreto sottoposta all'attenzione del giudice.²⁵

In ogni caso, che il contenuto della *causa petendi* possa non esaurirsi nella sola censura dei vizi di legittimità che inficiano l'episodio di esercizio del potere, trova conferma qualora si prendano in esame fattispecie in cui chi agisce in giudizio non chiede la mera caducazione di un provvedimento, ma una diversa forma di tutela: consista questa nella condanna dell'Amministrazione ad adottare un provvedimento recante uno specifico contenuto,²⁶ ovvero nella condanna al risarcimento del danno patito a fronte di un potere esercitato *iniure*.²⁷

²⁴ FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, III, p. 645. Se «il *petitum* giudiziale non è (solo) quello di annullamento, la *causa petendi* non può ridursi al (tradizionale) vizio di legittimità». In tal senso pare orientata anche la più recente giurisprudenza. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2015, n. 4138, che qualifica la *causa petendi* come l'«intrinseca natura della posizione giuridica dedotta in giudizio ed individuata dal giudice sulla base dei fatti (e degli atti) posti a sostegno della pretesa giudiziale».

²⁵ Per tali rilievi, POLICE A., *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, cit., pp. 1197 ss..

²⁶ Il particolare atteggiarsi dei fatti costitutivi nell'azione di esatto adempimento rispetto all'azione di annullamento è messo in risalto da PAGNI I., *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, IV, pp. 1194-1195, la quale, peraltro, rimarca la difficoltà di definire esattamente, nel caso di specie, entro quali limiti operi, a carico del ricorrente, l'onere di allegazione dei fatti costitutivi del *petitum* processuale. Segnatamente, secondo l'A., «Nel caso dell'azione di adempimento, [...] la strutturazione della domanda giudiziale è ancora più complicata, anche soltanto per la difficoltà di capire quale sia il soggetto su cui gravi l'onere di dimostrare nel processo la sussistenza (o, per converso, l'insussistenza) dei presupposti per il rilascio del provvedimento. [...] La difficoltà di adattare alla particolarità della vicenda sostanziale sottesa all'azione di adempimento del processo amministrativo la regola cardine del processo civile, fissata da Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, secondo la quale "il creditore che agisce in giudizio (...) per l'adempimento del contratto deve fornire la prova della fonte (...) del suo diritto (ed eventualmente del termine di scadenza), limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della

Pertanto, ad un attento esame, anche nel caso dell'azione di annullamento può ben accadere che, ai fini della caducazione del provvedimento impugnato, non sia sufficiente allegare la sola violazione di una norma che disciplina l'*agere* dell'Amministrazione.²⁸ Così, in particolare, laddove sia censurata la mancata comunicazione di avvio del procedimento, la giurisprudenza, a pena di inammissibilità del ricorso, tende ad addossare sul ricorrente oltre che l'onere di allegazione del vizio in esame, altresì l'onere di allegazione dei fatti posti alla base della censura sostanziale, vale a dire degli elementi conoscitivi che si sarebbero introdotti nel procedimento, ove ne fosse stato comunicato l'avvio.²⁹ Il che pare costituire, anche in tal caso, un elemento a suffragio della tesi secondo cui la *causa petendi* della domanda si risolve, in via di massima astrazione, nell'insieme dei fatti costitutivi posti a fondamento di una pretesa vantata dal ricorrente, e non nella sola violazione di un precetto normativo.

dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento", è di assoluta evidenza. L'adattamento del principio dettato dalla Cassazione presupporrebbe una chiarezza ad oggi ancora mancante sui criteri che debbono essere utilizzati per stabilire fin dove arrivi il fatto costitutivo e dove cominci, invece, il fatto impeditivo che l'Amministrazione è chiamata ad allegare e provare per escludere la stessa possibilità della condanna all'emanazione del provvedimento».

²⁷ Così, con riferimento alla domanda di risarcimento del danno ingiusto, cagionato da parte dell'Amministrazione nell'esercizio di un potere autoritativo, rientrano tra i fatti costitutivi di quella domanda, sia i presupposti di carattere oggettivo (l'esistenza di danno e del suo ammontare, l'ingiustizia dello stesso, e il nesso causale), sia i presupposti di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante). Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1584; VI, 30 marzo 2015, n. 1648.

²⁸ Tale rilievo può risultare agevolmente spiegato richiamando le osservazioni di POLICE A., *Il cumulo di domande nei "riti speciali" e l'oggetto del giudizio amministrativo*, cit., pp. 1197 ss., in ordine all'oggetto del processo amministrativo con particolare riferimento ai giudizi d'annullamento, nella parte in cui l'A. esclude «che il contenuto della pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente possa essere la mera questione di legittimità del provvedimento amministrativo impugnato». In questi casi, «è proprio il contenuto della pretesa, infatti, ad essere sostanzialmente diverso. Diversità che consiste nel non potersi affatto prescindere dalla lesione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dalla sua diretta tutela».

²⁹ Cfr., *ex multis*, Tar Marche, sez. I, 20 luglio 2015, n. 574; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 27 luglio 2011, n. 4112; Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2013, n. 1056: «in materia di autorizzazione all'insediamento di attività produttive, la contestazione della mancata comunicazione di avvio del procedimento, se il privato non allega le circostanze che intendeva sottoporre all'amministrazione, è inammissibile per assoluta genericità».

In ogni caso, a fronte di quanto osservato finora in ordine al possibile contenuto dei motivi di ricorso alla luce del diritto vivente, ciò su cui occorre insistere è il nesso diretto e necessario tra detti motivi e la situazione protetta azionata in giudizio. A tal riguardo, mette conto osservare che l'illegittimità degli atti o dei fatti nei quali si esprime il potere dell'Amministrazione è fatta valere dal ricorrente non già per domandare un controllo obiettivo sulla legalità dell'azione amministrativa (ché se così fosse, la giurisdizione amministrativa verrebbe ad assumere una connotazione oggettiva), bensì per ottenere la soddisfazione di una pretesa sostanziale, volta alla conservazione ovvero al conseguimento di un bene della vita,³⁰ fermo restando che detta soddisfazione, e il grado di tale soddisfazione, dipende essenzialmente dal tipo di azione esercitata nonché dal tipo di potere amministrativo – vincolato o discrezionale – col quale si rapporta la pretesa del ricorrente.³¹

I motivi di ricorso, dunque, risultano sorretti da una situazione protetta (la quale ha natura di interesse legittimo o, eventualmente, di diritto soggettivo nei casi di giurisdizione esclusiva) di cui il ricorrente si afferma titolare; e di quei motivi di ricorso il giudice potrà accertare la fondatezza nel merito purché dal loro accoglimento il ricorrente possa ottenere una concreta utilità (c.d. interesse

³⁰ Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4: «la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice».

³¹ Circa lo stretto collegamento che intercorre tra la soddisfazione della pretesa soggettiva e le regole e i principi che governano l'esercizio del potere amministrativo, cfr. CERULLI IRELLI V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, cit., pp. 143 ss.. Tale impostazione è stata ribadita anche dalla più recente giurisprudenza. Cfr., a riguardo, Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, secondo cui il «sindacato pieno sul rapporto dedotto nel processo» si rende possibile «quando viene, ad esempio, proposta: i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo avente un contenuto vincolato; ii) un'azione di adempimento, contestualmente alla prima, con cui si chiede la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto; iii) un'azione avverso il silenzio, in presenza di una attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere computi dall'amministrazione; iv) un'azione di condanna al risarcimento del danno che presuppone anch'essa, a prescindere dalla natura del potere esercitato, l'accertamento pieno del rapporto».

ad agire). La questione di legittimità viene insomma a collegarsi intrinsecamente con la situazione protetta azionata in giudizio,³² secondo una prospettiva che valorizza il principio dispositivo e la qualificazione del processo amministrativo come processo di parti.

In questo quadro, i motivi di ricorso rappresentano, da un punto di vista funzionale, *il ponte di passaggio tra la realtà extraprocessuale e la realtà processuale*,³³ ossia lo strumento attraverso il quale il soggetto ricorrente sottopone alla cognizione del giudice ciò che dell'azione amministrativa ha leso illegittimamente l'interesse protetto di cui egli, il ricorrente, domanda tutela.³⁴ Da un punto di vista contenutistico, invece, i motivi di ricorso si risolvono in tutti quegli elementi che il ricorrente ritenga di porre a sostegno del *petitum* mediato,³⁵ vale a dire le ragioni giuridiche che fondano la pretesa sostanziale³⁶ di cui il ricorrente mira ad ottenere la soddisfazione.

³² IANNOTTA L., *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale)*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, III, p. 364; ID., *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 231-233; MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 473, laddove si sottolinea che il vizio di legittimità «non ha rilievo (in un giudizio amministrativo) ove non attenga a un agire dell'amministrazione che possa dirsi causativo di una lesione di un interesse legittimo».

³³ IANNOTTA L., *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, cit., pp. 48-49, secondo cui i motivi di ricorso possono essere intesi come la manifestazione processuale dei vari e diversi interessi di cui si invoca tutela dinanzi al giudice amministrativo.

³⁴ IANNOTTA L., *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, cit., p. 27.

³⁵ DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, 2015, Milanofiori Assago, p. 736 ss., la quale, peraltro, con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso, distingue tra giudizi impugnatori e giudizi non impugnatori, affermando che mentre nei primi i motivi di ricorso indicano quella che, secondo il ricorrente, è la concreta difformità dell'atto impugnato dal paradigma legale, nei secondi, i motivi indicano le ragioni giuridiche a fondamento della pretesa. Trattasi, tuttavia, di una distinzione che potrebbe ritenersi superabile, laddove quand'anche il ricorrente agisca in giudizio impugnando un provvedimento dell'Amministrazione, la domanda di caducazione dell'atto si pone pur sempre come mezzo di tutela di una pretesa sostanziale volta o alla conservazione (interesse oppositivo) o al conseguimento (interesse pretensivo) di un bene della vita.

³⁶ GONNELLI P., *Le novità del processo amministrativo*, Roma, 2010, p. 38: «I motivi su cui si fonda il ricorso non sono ormai solo l'enunciazione dei vizi che si addebitano al provvedimento impugnato, ma dovranno in molti casi essere costituiti dalla esposizione delle ragioni sulle quali la

4. Funzione e contenuto dei motivi di ricorso in appello.

Tanto detto in ordine al contenuto e alla funzione dei motivi di ricorso in primo grado, vale soffermarsi, a questo punto, sul contenuto e la funzione dei motivi propri del ricorso in appello. La questione, come già anticipato, presenta risvolti pratici di primissimo rilievo sia per quanto riguarda l'esercizio del potere di impugnazione³⁷ - qui inteso come potere di ottenere una pronuncia sul merito della domanda rivolta al giudice dell'appello,³⁸ e dunque, un riesame della controversia già decisa in prima istanza – sia per quanto concerne l'individuazione dell'oggetto sul quale va ad esplicarsi la cognizione del giudice del gravame,³⁹ sia da ultimo, per quanto attiene alla funzione del secondo grado di giudizio.

domanda si fonda». Sulla identificazione dell'oggetto del processo nella pretesa, cfr. GIACCHETTI S., *L'oggetto del giudizio amministrativo*, cit., pp. 1483 ss. (spec. p. 1508), per il quale, tuttavia, la pretesa di cui ricorrente mira ad ottenere la soddisfazione, non è quella «ad una utilità immediata ma ad una decisione amministrativa legittima».

³⁷ Sulle relazioni intercorrenti tra motivi e potere d'impugnazione può farsi rinvio alla profonda riflessione sviluppata da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., pp. 201 ss..

³⁸ Così, POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., p. 458; CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., pp. 203 ss.. L'A., a riguardo, sottolinea come il potere d'impugnazione presenti una problematica affine a quella dell'azione, entrambe potendo essere intese come «situazioni giuridiche necessarie a provocare lo svolgimento della funzione giurisdizionale per la pronuncia di una sentenza», e segnatamente, di una sentenza di merito. L'impostazione seguita nel testo si rifà, pertanto, a quella teoria che definisce l'azione come un diritto (o potere) processuale ad una sentenza di merito, indipendentemente dall'esistenza della situazione sostanziale e, quindi, della fondatezza della domanda. Teoria sostenuta, tra gli altri, da LIEBMAN E. T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, p. 425; ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 72. *Contra*, nel senso che il potere d'impugnazione non va inteso semplicemente come diritto ad un provvedimento di merito (quale che ne sia il contenuto), bensì quale diritto ad un provvedimento favorevole, LEONE G., *Le impugnazioni nel processo amministrativo: profili generali*, cit., p. 96.

³⁹ CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 178: «La problematica dei motivi di appello e del loro ruolo, nonché della sanzione comminata nel silenzio della legge per la loro omissione, si raccorda strettamente a quella relativa all'oggetto del giudizio di appello e alla latitudine della nuova cognizione che esso implica sulla causa già decisa in prime cure». *Contra*, con

Volendo per ora assumere una posizione di massima astrazione nel definire il *quid* in cui si specificano i motivi di gravame, può affermarsi che detti motivi consistono nell'affermazione di uno o più fatti giuridicamente rilevanti, invocati dall'appellante nel momento di esercizio dell'impugnazione, onde poter ottenere la riforma o l'annullamento della sentenza appellata. Altro è poi il dover comprendere quali fatti l'appellante debba allegare a fondamento della propria domanda, affinché il ricorso al giudice di secondo grado possa ritenersi ammissibile. Se si tratti, segnatamente, dei soli fatti già dedotti in primo grado, appartenenti alla realtà extraprocessuale, ovvero di fatti diversi, enucleabili dal processo di prime cure e consistenti negli errori di giudizio o di attività commessi dal giudice di primo grado. Come meglio si vedrà nei successivi paragrafi, da un punto di vista teorico, l'adesione all'una ovvero all'altra delle due soluzioni si riverbera sulla determinazione dell'oggetto sottoposto alla cognizione del giudice di secondo grado nonché sulla stessa funzione del giudizio d'appello.

4.1. Oggetto e funzione del giudizio d'appello nel caso di motivi di gravame aventi una mera funzione individuatrice del *quantum appellatum*.

La fattispecie che per prima si sottopone ad esame è quella in cui il ricorso in appello sia ammissibile in forza della mera riproposizione delle ragioni addotte in primo grado a fondamento delle pretese delle parti. Nel caso di specie, l'atto introduttivo del giudizio d'appello, da un punto di vista contenutistico, non presenta necessariamente una critica puntuale della sentenza impugnata. Al

specifico riguardo alle interrelazioni tra i motivi d'appello e la determinazione dell'oggetto del giudizio, CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 197. L'A., nell'affrontare la questione in esame, con riferimento al processo civile, ritiene infatti che la determinazione dell'oggetto del giudizio, anche di secondo grado, avviene sulla base delle indicazioni prescritte dall'art. 163 c.p.c., sicché «se i motivi esprimessero l'oggetto dell'impugnazione, questo verrebbe indicato due volte a norma dell'art. 342: per un lato dai motivi; per l'altro dai nn. 3 e 4 dell'art. 163».

contrario, l'appellante, per ottenere una pronuncia sul merito dell'impugnazione, una volta affermata in via del tutto generica l'ingiustizia della sentenza, può limitarsi ad indicare quella parte del rapporto controverso di cui chiede il riesame al giudice del gravame, allegando gli stessi fatti, esterni al processo, già dedotti nella prima istanza di giudizio. A sua volta, il giudice del gravame, disinteressandosi del tutto della *regula iuris* contenuta nella sentenza di primo grado e del modo in cui essa si è formata, può conoscere, entro i limiti della domanda d'appello, direttamente degli elementi di fatto e di diritto inizialmente sottoposti alla cognizione del primo giudice.

Nel caso in esame, dunque, i motivi d'appello non presentano una funzione esplicativa circa le specifiche ragioni per le quali si chiede il riesame della sentenza appellata, ma rispondono ad una mera funzione individuatrice del *quantum appellatum*. Essi, in particolare, sono funzionalizzati ad individuare la parte di sentenza impugnata e, per l'effetto, a circoscrivere l'ambito della lite – ossia quella parte del rapporto controverso già oggetto di statuizione – da devolvere al riesame del giudice superiore.

Ora, se ai fini dell'ammissibilità dell'appello altro non occorre se non la riproposizione degli elementi di fatto e di diritto allegati in primo grado, ne deriva che l'esposizione delle specifiche ragioni per le quali l'appellante ritenga ingiusta la decisione resa in prime cure attiene soltanto ad un più puntuale esercizio del diritto di difesa, in vista dell'accoglimento dell'appello nel merito. In questo caso, pertanto, l'affermazione di uno specifico errore commesso *in procedendo* o *in iudicando* nel processo di primo grado non integra un fatto costitutivo del potere d'impugnazione né una sua condizione di efficacia.⁴⁰ Di converso, il potere d'impugnazione si ricollega direttamente ed esclusivamente alla situazione di soccombenza prodotta dalla sentenza di prime cure. Esso viene in essere in un momento antecedente a quello in cui trova esternazione con il ricorso in appello, di guisa che l'omessa indicazione degli errori commessi dal

⁴⁰ POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., p. 457, nota 65, laddove l'A. ricorda che, nella dottrina, avvicinano l'indicazione dei motivi ad una condizione d'efficacia dell'impugnazione coloro che ragionano in termini d'inammissibilità dell'impugnazione ogniqualvolta l'appello non contenga una specifica critica della sentenza impugnata.

giudice di primo grado non incide sul dovere del giudice *ad quem* di scrutinare la fondatezza nel merito del ricorso di gravame.

Inoltre, se l'atto introduttivo del giudizio d'appello è valido sol che sia identificato il *quantum appellatum*, senza che sia necessario dedurre uno specifico errore di giudizio o di attività, il giudizio d'appello non può che avere direttamente ed immediatamente ad oggetto la stessa fattispecie sostanziale su cui ha statuito il giudice di primo grado,⁴¹ o più precisamente, quella frazione della fattispecie sostanziale individuata dal capo di sentenza avverso il quale si dirige il gravame.⁴² Così definito l'oggetto del giudizio, al giudice d'appello sarebbero automaticamente devolute tutte le questioni di fatto e di diritto sollevate in primo grado, che costituiscano un antecedente logico necessario per poter decidere sulla fondatezza/infondatezza della pretesa azionata in prime cure.⁴³

In tal modo, risulta chiaro il rapporto potenzialmente identitario tra l'oggetto del giudizio d'appello e quello di primo grado, ogniquale volta l'appellante sottoponga al giudice del gravame il riesame dell'intera controversia. Ciò che dà luogo ad un giudizio d'appello con *funzione rinnovatoria*, prossimo (seppur non identico) sotto il profilo strutturale, al *genus* dei mezzi di gravame puri così come elaborato da Calamandrei.⁴⁴

⁴¹ ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., § 4.2.

⁴² ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., § 3.2., il quale precisa che, in questo caso, l'ambito cognitorio del giudizio d'appello risulta assai ampio, poiché si tende a far coincidere la nozione di "parte" di sentenza con la statuizione su una singola domanda.

⁴³ In tal senso, PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, cit., § 2.

⁴⁴ In tal senso, la principale differenza con la categoria dei mezzi di gravame puri andrebbe ricercata in ordine all'ampiezza dell'oggetto del giudizio di secondo grado, laddove, nella teorizzazione proposta da CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., pp. 266-270, l'esperimento del mezzo di gravame avrebbe comportato *ex se* il riesame completo della controversia decisa in prime cure, mentre, per quanto osservato nel testo, se ai motivi d'appello si attribuisce la funzione di determinare il *quantum appellatum*, il riesame della controversia da parte del giudice superiore si esercita entro i confini stabiliti dai motivi d'appello.

4.2. Oggetto e funzione del giudizio d'appello nel caso di motivi di gravame aventi "funzione esplicativa".

Tutt'altre considerazioni si impongono per il caso in cui, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, sia necessario individuare, attraverso i motivi di impugnazione, non solo le parti della sentenza da sottoporre a riesame, ma finanche le specifiche ragioni per le quali si ritenga ingiusta la decisione resa in prime cure. Ragioni che consistono negli asseriti errori di giudizio o di attività commessi dal giudice di primo grado,⁴⁵ e che valgono a dimostrare, per l'appunto, l'ingiustizia della sentenza.⁴⁶

Nella fattispecie in esame, ogniqualevolta il ricorso sia privo dell'indicazione dei motivi dai quali desumere l'ingiustizia della pronuncia gravata, la proposizione dell'appello non consegue il risultato che si prefigge l'appellante, vale a dire, il riesame della lite. Detto altrimenti, in assenza di specifiche censure rivolte avverso l'impugnata sentenza, il giudice adito non può addivenire ad una pronuncia sul merito dell'appello.⁴⁷ Ne risulta un rapporto assai più stringente

⁴⁵ Così, POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., pp. 433 ss.. In senso analogo, ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., § 3.3.; CHIARLONI S., *Appello (Diritto processuale civile)*, voce in *Enc. giur.*, II, Roma, 1995, p. 7; RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., pp. 223-225, ritiene che in questo caso, le ragioni in fatto ed in diritto poste alla base del ricorso in appello si risolvono nella «indicazione dei passaggi logici, la cui scorretta definizione ad opera del primo giudice si assume abbia determinato il contestato esito della precedente fase di giudizio», dovendo l'appellante «attraverso i motivi, segnalare gli errori, in fatto e in diritto, contenuti nella motivazione della decisione impugnata, individuando per questa via le questioni, che ritiene malamente risolte». In parte diversa la posizione di CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 197, nota 4, il quale considera i motivi di impugnazione non come i fatti-errori appartenenti al pregresso grado di giudizio, bensì come «la conseguenza, giuridicamente rilevante, di questi».

⁴⁶ La stretta correlazione tra gli *errores in iudicando* e *in procedendo* da un lato e l'ingiustizia della sentenza dall'altro trova conferma in SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 12, nella parte in cui si rileva che l'invalidità e l'ingiustizia rappresentano due concetti inscindibili.

⁴⁷ DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità dell'appello senza motivi e ampiezza dell'effetto devolutivo*, in *Corr. Giur.*, 2000, consultabile in *pa.leggiditalia.it*, § 4: «l'inammissibilità colpisce l'atto di appello privo di motivi in considerazione della sua inidoneità [...] a dare luogo ad una qualsivoglia devoluzione

tra i motivi di gravame e il potere di impugnazione, nel senso che i primi possono accedere alla fattispecie costitutiva del potere⁴⁸ o quanto meno rappresentarne una condizione di efficacia.

In tal caso, com'è evidente, i motivi di impugnazione assumono un duplice rilievo funzionale. Da un lato, essi conservano la c.d. funzione individuatrice di cui s'è detto nel paragrafo precedente. Dall'altro, essi presentano una funzione ulteriore, di tipo esplicativo, che porta ad esternare il *quia* dell'impugnazione, vale a dire le ragioni per le quali non si condivide la soluzione della lite cui è addivenuto il giudice di primo grado in quella parte di sentenza sottoposta a riesame. Talché, l'onere di specificazione dei motivi si concreta nella necessità che la domanda dell'appellante sia in grado di porre in discussione il fondamento logico-giuridico della pronuncia impugnata.⁴⁹

In tal modo, la struttura dell'atto di impugnazione può dirsi del tutto analoga a quella dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, laddove in

della controversia, e quindi ad attualizzare il potere/dovere del giudice di secondo grado di conoscere e decidere dell'impugnazione.

⁴⁸ Cfr. CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, p. 217, laddove si considerano i motivi come elemento della fattispecie costitutiva del potere ogniqualvolta, in mancanza dei motivi dedotti, non può avere luogo la pronuncia tipica prevista per il mezzo d'impugnazione. L'A., tuttavia, ritiene che detta funzione dei motivi non può essere assegnata ai c.d. motivi generici (ossia a quelli che non siano predeterminati dalla legge, come nel caso dell'appello), giacché, in tal caso, la valutazione circa l'idoneità dell'atto d'appello a conseguire il suo effetto tipico, quale l'ottenimento di una pronuncia sul merito dell'impugnazione, sarebbe rimessa non alla legge ma alla discrezionalità del giudice. A tali osservazioni, secondo quanto sostenuto da POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., pp.457-460, può efficacemente replicarsi che quand'anche i motivi d'impugnazione non siano predeterminati tassativamente dalla legge, la libertà dell'appellante nel selezionare quei motivi non è assoluta, ma trova il suo limite naturale nelle regole che disciplinano la formazione della sentenza. Insomma, anche nel caso di un'impugnazione basata su motivi generici, si è pur sempre in presenza di un errore *in iudicando* o *in procedendo*, sicché la valutazione del giudice in ordine alla sussistenza del potere d'impugnazione non pone particolari problemi di discrezionalità, o quanto meno, non li pone in maniera più accentuata rispetto al caso in cui l'impugnazione si fondi su motivi predeterminati *ex lege*.

⁴⁹ DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità dell'appello senza motivi e ampiezza dell'effetto devolutivo*, cit., § 4, secondo il quale, a tal fine, occorre che «l'appellante individui l'oggetto delle proprie censure nella scorretta soluzione di almeno una questione in rapporto causale con la sentenza di prime cure, ovvero in un novum idoneo a rovesciare l'esito del pregresso grado di giudizio».

entrambi si rinviene una parte espositiva delle ragioni (*causa petendi*) esternate tramite i motivi e poste a fondamento della domanda, ed una parte conclusiva che individua il risultato invocato (*petitum*).⁵⁰

Ciò che risalta, tuttavia, è la netta differenza tra la *causa petendi* propria della domanda di primo grado e la *causa petendi* sulla quale si fonda il ricorso in appello. Invero, nel giudizio di primo grado, le ragioni della domanda si individuano, come già detto, in tutti quei fatti giuridicamente rilevanti, appartenenti alla realtà extraprocessuale, che il ricorrente ritenga di porre a fondamento della pretesa che mira a soddisfare. Per contro, nel giudizio d'appello, laddove il ricorso debba contenere specifiche censure avverso la sentenza impugnata, la domanda rivolta al giudice di secondo grado riposa su elementi diversi, i quali si individuano negli *errores in iudicando* o *in procedendo* denunciati in sede di gravame, vale a dire, in fatti interni al procedimento di formazione della sentenza, che valgono a dimostrare l'ingiustizia della decisione resa in prime cure.⁵¹ Di guisa che, i motivi posti alla base del ricorso, nel giudizio di secondo grado, non rappresentano più il ponte di passaggio tra la realtà extraprocessuale e la realtà processuale, ma il *trait d'union* fra un processo già concluso ed un altro, attraverso il quale si mira ad ottenere un risultato diverso in ordine alla decisione della lite.

In questo caso, è bene tuttavia precisare che l'oggetto e la funzione del giudizio d'appello possono risultare diversamente definiti a seconda che gli specifici vizi dedotti dall'appellante, che pur debbono essere prospettati per ottenere una pronuncia sul merito dell'impugnazione, costituiscano o meno l'unico elemento sul quale si esplica la cognizione del giudice di seconde cure.

a) Invero, laddove gli errori denunciati con gli specifici motivi di impugnazione dovessero rappresentare gli unici elementi sottoposti all'esame del

⁵⁰ LEONE G., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, cit., p. 283.

⁵¹ Sul punto, si rimanda alla dottrina citata alla nota 45. In senso contrario, si veda tuttavia CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 162, secondo cui «quand'anche [...] si convenga di ritenere la formulazione dei motivi un requisito di ammissibilità dell'esercizio del potere di appello, il ruolo da attribuire a tale incombente non pare rappresentare (come invece avviene per i motivi di ricorso per cassazione) titolo e ragione delle domande di impugnative nei confronti della sentenza gravata».

giudice *ad quem*, questo non avrebbe cognizione dell'originario rapporto controverso, ma si limiterebbe ad accertare la sola sussistenza degli *errores in iudicando* e *in procedendo* siccome prospettati dall'appellante. Ne risulterebbe un giudizio con funzione eliminatoria,⁵² teso ad assicurare la mera "cassazione" della sentenza impugnata piuttosto che una nuova decisione sull'originario oggetto della causa.⁵³ Di guisa che, da un lato, l'accertamento del vizio dedotto comporterebbe l'annullamento della sentenza, ma non una nuova pronuncia, sostitutiva della precedente, volta ad accertare la fondatezza della pretesa azionata in prime cure. Dall'altro lato, l'infondatezza del vizio prospettato in appello determinerebbe il rigetto dell'impugnazione, ma non la sostituzione della sentenza d'appello a quella di primo grado, e sarebbe quest'ultima a contenere l'accertamento circa la fondatezza o meno della domanda esperita in origine.⁵⁴ In buona sostanza, ritenere che la cognizione del giudice d'appello debba risolversi in una mera attività di accertamento circa la fondatezza dei vizi di attività o di giudizio prospettati dalla parte che propone l'impugnazione comporta, quale logica conseguenza, quella di individuare il solo oggetto dell'appello nella sentenza avverso la quale si indirizzano le specifiche censure, dando luogo ad un giudizio di secondo grado con funzione puramente eliminatoria.

b) Discorso diverso vale per il caso in cui le specifiche doglianze rivolte avverso la sentenza gravata non rappresentino gli unici elementi sui quali si esplica la cognizione del giudice, bensì costituiscano il tramite per mezzo del quale si individua il capo di sentenza impugnato e, per l'effetto, quella parte del rapporto controverso di cui si chiede una nuova decisione al giudice d'appello. In questo caso, i motivi di gravame "accompagnano" – ma non sostituiscono – gli elementi di fatto e di diritto su cui ha giudicato il giudice di primo grado.⁵⁵

⁵² Cfr., a riguardo, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 129.

⁵³ In tal senso, cfr. POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit. pp. 155-156, laddove si osserva che l'identificazione dell'oggetto dell'appello nella sola sentenza impugnata sarebbe difficilmente conciliabile con la funzione rinnovatoria dell'appello stesso.

⁵⁴ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 130.

⁵⁵ In tal senso, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., pp. 221-222; ATTARDI A., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961, IV, pp. 160 e 168; BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo*

Ciò che ha condotto alcuni a teorizzare una sorta di cumulo tra un'azione di impugnativa e la riproposizione della domanda.⁵⁶

Volendo richiamare, in proposito, una suggestiva osservazione dottrinale, nel caso di specie, il fatto che lo sguardo del giudice venga «rinchiuso dalla griglia delle censure mosse alla sentenza impugnata», non esclude che il giudizio d'appello possa recare una funzione *rinnovatoria*, e dunque assicurare un nuovo esame del materiale di causa già sottoposto al primo giudice – entro i limiti, si intende, della domanda proposta in sede di gravame – piuttosto che un mero esame della sentenza di primo grado.⁵⁷

D'altra parte, è pur il caso di precisare che nel momento in cui la devoluzione del materiale di causa al giudice d'appello è subordinata alla deduzione di specifici vizi di giudizio o di attività, l'oggetto dell'appello risulta in ogni caso diverso da quello del giudizio di primo grado, poiché il giudice del gravame non conosce direttamente ed esclusivamente della controversia già decisa in prime cure, ma è chiamato ad accertare la fondatezza delle specifiche censure sviluppate avverso la sentenza gravata, ossia la sussistenza dei prospettati *errores in iudicando* e *in procedendo*,⁵⁸ e per il tramite di questi a

dell'appello, cit., p. 1363, nota 105; CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., pp. 197-198.

⁵⁶ DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità dell'appello senza motivi e ampiezza dell'effetto devolutivo*, cit., § 7.

⁵⁷ Così, BALENA G. – ORIANI R. – PROTO PISANI A. – RASCIO N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, § 6. In tal senso, anche BASSI F., *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, III, p. 345: «la circostanza che il giudizio di appello si fondi sui motivi di gravame avverso la sentenza appellata comporta una critica della stessa, ma non ha come ulteriore conseguenza il fatto che oggetto esclusivo del riesame sia la sentenza impugnata».

⁵⁸ ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., § 4.4., secondo cui, qualora l'appellante debba allegare le specifiche ragioni su cui si fonda la richiesta di riforma della sentenza, «è inevitabile, date le premesse, ritenere che vi sia un momento in cui l'organo giurisdizionale verifichi la sussistenza degli errori denunciati».

riesaminare la *res in iudicium deducta* in primo grado.⁵⁹ In tal modo, l'appello si configura sì come gravame a critica libera – giacché le censure ammesse nei confronti della sentenza di primo grado non risultano predeterminate dalla legge – ma a cognizione vincolata dagli specifici motivi di impugnazione, i quali circoscrivono l'ambito entro il quale il giudice del gravame può avere cognizione dell'originaria controversia. Cosicché, oggetto diretto ed immediato dell'appello è la sentenza gravata di cui si chiede in ogni caso l'eliminazione; mentre oggetto indiretto è l'accertamento circa la fondatezza della domanda originariamente proposta dal ricorrente (principale o incidentale) nel giudizio di primo grado.⁶⁰

Ne viene che tanto l'appellante quanto il giudice del gravame debbono tener conto che tra il fatto naturalisticamente inteso e il giudizio d'appello si è frapposto un *quid novi*, rappresentato, per l'appunto, dalla sentenza impugnata.⁶¹ Questa, in particolare, presenta al giudice d'appello non solo l'insieme dei fatti e

⁵⁹ In questi casi, osserva MANCUSO R., *I motivi specifici dell'atto d'appello*, in *Giust. civ.*, 2006, IV, p. 877, consultabile in www.iusexplorer.it, § 3, «il giudice dell'appello non può concentrarsi direttamente sulla concreta situazione sostanziale ma deve avere come parametro la sentenza impugnata».

⁶⁰ Cfr. POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., p. 448, quando afferma che nel giudizio d'appello «oggetto diretto è sempre la sentenza impugnata, di cui si chiede (comunque) la eliminazione; oggetto indiretto è sempre la situazione giuridica sostanziale, in ordine alla quale si chiede la dichiarazione di un effetto giudico diverso da quello determinato dalla sentenza impugnata». In senso analogo, DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità dell'appello senza motivi e ampiezza dell'effetto devolutivo*, cit., § 7, secondo cui, in questi casi, l'appello di configurerebbe come un'impugnazione avente congiuntamente e cumulativamente ad oggetto la sentenza gravata ed inoltre il merito della controversia su cui il giudice è sempre chiamato a rendere una nuova decisione. In parte diversa è la posizione assunta, a riguardo, da RASCIO N., *Ancora sui motivi di appello: il requisito della specificità e le conseguenze della violazione dell'art. 342 c.p.c. nella giurisprudenza della Suprema corte*, in *Foro it.*, 2000, I, § 2; BALENA G. – ORIANI R. – PROTO PISANI A. – RASCIO N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, cit., § 6, laddove si ritiene che l'appello continui ad essere espressione dello schema teorico del gravame, talché l'oggetto del relativo giudizio e della relativa cognizione sarebbe, direttamente, il rapporto sostanziale controverso dedotto in primo grado.

⁶¹ MANCUSO R., *I motivi specifici dell'atto d'appello*, cit. § 4: «È vero che [...] il giudizio d'appello ha ad oggetto non la sentenza impugnata ma la situazione sostanziale oggetto del processo, tuttavia è anche vero che il rapporto giuridico sostanziale che diviene oggetto dell'appello entra nel secondo giudizio attraverso il filtro della pronuncia di primo grado, la quale non può essere considerata *tamquam non esset*».

delle deduzioni siccome introdotte dalle parti del giudizio, ma anche le specifiche valutazioni che il giudice di primo grado ha compiuto sulla materia del contendere.⁶²

Muovendo dalle premesse anzidette, dovrebbe ritenersi che, in sede di gravame, l'attività di riesame dei fatti su cui ha giudicato il primo giudice è preceduta da un momento di controllo circa l'esistenza dei vizi specificamente denunciati con i motivi d'impugnazione.⁶³ Del resto, se la *cognitio causae* del giudice d'appello è strettamente vincolata dal motivo-censura dedotto in sede di gravame, egli, il giudice, dovrà innanzitutto verificare la sussistenza del vizio denunciato, per poi poter statuire sul merito della controversia, o meglio, di quella sua parte individuata dal capo di sentenza impugnato.⁶⁴

Ora, stando alla posizione assunta dalla dottrina maggioritaria, ciò non significa che la cognizione, da parte del giudice del gravame, del rapporto controverso in prime cure debba risultare senz'altro preclusa ogniquale volta i vizi di giudizio o di attività denunciati dall'appellante si rivelino infondati, così da attribuire un'autonomia logica al momento rescindente e sbarrare la strada al

⁶² SCHINAIA M. E. - TESAURO P. - TARANTINI G. - MAZZAROLLI L. - BERTI G., *Considerazioni in tema di effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 629.

⁶³ ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., p. 1238: «il vizio denunciato svolge una funzione di guida, di orientamento della cognizione (e decisione) del giudice, il quale dirigerà *in primis* il proprio sforzo conoscitivo alla verifica della fondatezza dei motivi». L'assunto pare condiviso da PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 334, il quale, in un modello d'appello in cui sia necessario specificare quale sia l'errore del giudice di primo grado, ritiene che il giudice del gravame, una volta «riscontrata la menda, [...] proseguirà normalmente per suo conto l'esame delle questioni che debbono essere risolte per dare una risposta al ricorso originario, ed una conclusione al giudizio». Non dissimile, sul punto, la posizione di PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, cit. p. 111, per il quale «il requisito della specificità dei motivi [...] comporta che il giudice dell'appello possa sì conoscere della parte del rapporto sostanziale controverso in primo grado individuata dal capo di sentenza a sua volta individuato dai motivi, ma solo tramite il riesame delle questioni dedotte dall'appellante attraverso l'enunciazione di specifiche censure».

⁶⁴ PROTO PISANI A., *Note sull'appello civile*, in *Foro it.*, 2008, V, § 9: «Nelle ipotesi, poi, in cui tramite l'appello sia fatta valere una nullità del procedimento o della sentenza di primo grado [...], almeno in prima battuta l'appello non ha ad oggetto il rapporto controverso in primo grado ma solo immediatamente l'accertamento delle invalidità verificatesi in primo grado».

momento rescissorio.⁶⁵ Significa, piuttosto, che nel caso di riscontrata infondatezza dei motivi di gravame, il giudice, nel rigettare l'impugnazione, conferma la *regula iuris* contenuta nella sentenza impugnata sostituendo a quest'ultima la pronuncia d'appello.⁶⁶

Tuttavia, da un punto di vista strettamente teorico, se si ritiene che l'oggetto diretto dell'appello è dato dalla sentenza impugnata e che il giudice del gravame è chiamato in primo luogo ad indirizzare la propria cognizione sulla fondatezza delle censure mosse nei riguardi di quella sentenza, l'implicazione che meglio si attaglia ad una tale premessa è quella che porta ad enucleare, nel giudizio d'appello, un momento rescindente isolabile quanto meno sul piano logico. In tal senso, infatti, come osservato dalla migliore dottrina,⁶⁷ nelle ipotesi in cui tramite l'appello sia fatto valere un errore di giudizio o di attività imputato al primo giudice, almeno in prima battuta l'appello non ha ad oggetto il rapporto controverso in primo grado, ma solo immediatamente l'accertamento delle invalidità verificatesi nel precedente grado di giudizio. Sulla base di tali considerazioni, la dottrina in commento ha ritenuto che soltanto qualora un tale accertamento attesti la sussistenza del vizio denunciato, il giudice d'appello potrà

⁶⁵ RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., pp. 226-227: «La natura dell'appello [...] non consente di condividere l'opinione, secondo la quale il giudice superiore non può conoscere delle singole questioni relative all'esistenza del diritto azionato se non quando abbia accertato la presenza di uno o più vizi, denunciati dalla parte o rilevabili di ufficio, nel provvedimento impugnato».

⁶⁶ DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità dell'appello senza motivi e ampiezza dell'effetto devolutivo*, cit., § 7; ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., § 4.4.; CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 181; BALENA G., *Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1607; MANCUSO R., *I motivi specifici dell'atto d'appello*, cit., § 7: «Vi è, dunque, logicamente e cronologicamente, un momento in cui il giudice d'appello verifica la sussistenza degli *errores* lamentati nella citazione; ciò non toglie, però, che anche qualora li ritenga insussistenti debba emettere una pronuncia che sostituisce *in toto* quella oggetto di riesame».

⁶⁷ PROTO PISANI A., *Note sull'appello civile*, cit., § 9; ID., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla Cassazione*, cit., § 5. In senso analogo, POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., p. 507 (nota 189), il quale sostiene che, in sede di gravame, il riesame della questione di esistenza/inesistenza di uno specifico fatto si rende possibile solo dopo che il giudice abbia accertato la sussistenza del vizio specificamente denunciato, di guisa che l'infondatezza della censura prospettata dall'appellante non consentirebbe un riesame della *quaestio facti*.

passare al riesame del rapporto controverso in primo grado e concludere il giudizio con una pronuncia avente efficacia sostitutiva. Al contrario, nel caso in cui il giudice ritenga insussistenti i vizi denunciati dall'appellante ed emetta una sentenza che confermi in ogni sua parte la pronuncia di primo grado, sarebbe assai difficile sostenere che la disciplina della (parte) del rapporto controverso devoluta al giudice di seconde cure sia contenuta nella sentenza d'appello piuttosto che in quella di primo grado, non producendosi, in tal caso, alcun effetto sostitutivo.⁶⁸

5. Funzione e contenuto dei motivi d'appello nella giurisprudenza antecedente al Codice del processo amministrativo.

Fermo quanto sopra osservato dal punto di vista della teoria generale, si può prendere a questo punto in esame la problematica dell'onere di specificazione dei motivi d'appello nel processo amministrativo alla luce del diritto positivo.

In proposito, è bene premettere che nel vigore della legge n. 1034/1971, stante l'assenza di una disposizione *ad hoc* relativa al contenuto e alla funzione – individuatrice ovvero esplicativa – da assegnare ai motivi di gravame, era stata la giurisprudenza a colmare la lacuna normativa attraverso soluzioni mutevoli ed eterogenee, frutto, evidentemente, del silenzio legislativo sul punto.

Così, in particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato,⁶⁹ chiamata in un primo tempo a pronunciarsi sulla questione dell'onere di specificazione dei motivi, aveva sposato la soluzione più elastica, ritenendo che i motivi d'appello

⁶⁸ PROTO PISANI A., *Note sull'appello civile*, cit., § 9. Per una più compiuta analisi del problema concernente i rapporti tra momento rescindente e momento rescissorio nell'appello e la produzione dell'effetto sostitutivo, cfr. *infra*, Conclusioni, par. 1.

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato., Ad. plen., 21 ottobre 1980, n. 37.

operassero fondamentalmente quali meri strumenti di individuazione del *quantum appellatum*.⁷⁰

Chiare le implicazioni, dal punto di vista del diritto processuale, derivanti da una siffatta premessa. Difatti, come già osservato in precedenza (cfr. Cap II, par. 4.1.), assegnando ai motivi d'appello una funzione esclusivamente individuatrice della parte di sentenza da sottoporre a riesame, altro non occorre, ai fini dell'ammissibilità del gravame, se non la riesposizione delle ragioni fatte valere in primo grado; mentre l'allegazione delle specifiche ragioni per le quali il primo giudizio viene ritenuto ingiusto, onde se ne richiede la riforma, attiene già ad un maggiore spiegamento delle facoltà di difesa, in vista soltanto di un più completo ed esauriente riesame della controversia.⁷¹ Cosicché, il giudice del gravame, nel decidere la lite, non riesamina la sentenza oggetto di impugnazione, ma si trova a compiere un nuovo giudizio direttamente sugli stessi motivi prospettati in primo grado.

Tale impostazione, tuttavia, è stata progressivamente superata dalla giurisprudenza amministrativa. Questa, pur a seguito di non poche oscillazioni,⁷²

⁷⁰ Per una critica alla decisione dell'Adunanza plenaria riportata nel testo, cfr. VIRGA P., *L'oggetto dell'appello amministrativo*, cit., pp. 725 ss. (spec. p. 744), il quale, pur condividendo l'opinione per cui l'appellante può esimersi da una specifica e puntuale critica delle argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza appellata, ritiene preferibile la tesi secondo cui l'oggetto del giudizio d'appello debba identificarsi nella sentenza di primo grado. La posizione dell'A., tuttavia, non sembra irreprensibile, laddove, come già dimostrato in precedenza (Cap. II, par. 4.1.), se si ritiene ammissibile un appello in forza della mera reiterazione dei motivi sviluppati in primo grado, è gioco forza ritenere che lo stesso giudizio d'appello abbia ad oggetto direttamente il rapporto controverso in primo grado e non anche la sentenza gravata.

⁷¹ Così, testualmente, Cons. Stato, Ad. plen., 21 ottobre 1980, n. 37, in cui si osserva altresì che «è ammissibile l'appello con il quale vengono meramente riproposte le censure contro il provvedimento impugnato già formulate in primo grado, senza la deduzione di argomentazioni critiche nei confronti della sentenza appellata che le ha disattese». In senso conforme, Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 1982, n. 455.

⁷² Basti considerare che il Cons. Stato, Ad. plen., 22 gennaio 1997, n. 3, aveva ribadito, in un *obiter dictum*, che «I motivi di appello, in sede di processo amministrativo, operano quali strumenti di determinazione del "*quantum appellatum*", in vista di che altro non occorre, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, se non la riesposizione delle ragioni fatte valere in primo grado». Nello stesso senso, ancor più di recente, Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971.

facendo proprio un orientamento già condiviso dal giudice civile, si è infatti orientata in un'opposta direzione,⁷³ sostenendo che attraverso i motivi di gravame l'appellante, oltre a dover individuare con chiarezza le statuizioni impugnate, dovesse altresì sviluppare specifiche critiche avverso di esse, palesando le ragioni per le quali si ritenesse di non condividere la soluzione della lite apprestata dal giudice di prime cure.⁷⁴

Secondo detto orientamento, insomma, la specificità dei motivi, in quanto assolve alla duplice funzione di delimitare l'estensione del riesame domandato e di indicarne le ragioni concrete, esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'appellante, volte ad incrinare il fondamento logico-giuridico delle prime, non essendo le statuizioni di una sentenza separabili dalle argomentazioni che le sorreggono.⁷⁵

Un siffatto onere di specificazione dei motivi d'appello, oltre ad essere giustificato da una – seppur mai pacifica – applicazione analogica dell'art. 342 c.p.c. nel processo amministrativo,⁷⁶ era stato desunto dalle previsioni contenute negli artt. 6 e 17 r.d. n. 642/1907, in quanto richiamati dall'art. 29 l. n. 1034/1971, che imponevano all'appellante di esporre «i motivi su cui si fonda il ricorso» proposto dinanzi al Consiglio di Stato.⁷⁷

⁷³ Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, può farsi rinvio, in dottrina, a SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., pp. 260-266; ID., *Commento all'art. 101 del codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 1996, n. 783.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1660; sez. IV, 7 maggio 2007, n. 1957; sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4191; sez. IV, 21 giugno 2005, n. 3250; sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1940; sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4043; sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4077.

⁷⁶ Circa l'applicabilità dell'art. 342 c.p.c. nel processo amministrativo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8966; sez. V, 20 luglio 2009, n. 4541. *Contra*, nel senso che l'art. 342 c.p.c. non esprime un principio generale applicabile al di fuori del processo civile, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2009, n. 2147; sez. V, 21 novembre 2007, n. 5926.

⁷⁷ Cfr., a riguardo, Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2439; sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3910; sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1940: «La necessità dell'indicazione specifica dei vizi della sentenza è riconducibile all'art. 6 n. 3 r.d. 17 agosto 1907 n. 642, che prevede l'indicazione espressa dei motivi su cui si fonda il ricorso introduttivo. La disposizione risulta applicabile al giudizio di appello in virtù

Una variante dell'anzidetta impostazione ermeneutica è giunta invece a distinguere la funzione – individuatrice ovvero esplicativa – dei motivi d'appello, a seconda del contenuto della pronuncia impugnata e della posizione assunta dall'appellante nel giudizio di primo grado.⁷⁸

Così, si è sostenuto che nel caso di una sentenza di accoglimento del ricorso verrebbe ad aversi una modificazione della realtà giuridica preesistente, di guisa che l'Amministrazione resistente e gli eventuali controinteressati subirebbero un effetto lesivo derivante direttamente dalla sentenza del giudice di prime cure. È dunque con l'eliminazione di quest'ultima che verrebbe realizzato l'interesse sostanziale dell'appellante, *id est* l'Amministrazione ovvero il controinteressato, interesse consistente nel ripristino dello *status quo ante*. Con ciò resterebbe spiegato anche l'onere, per lo stesso appellante, di formulare, a pena di inammissibilità del ricorso, specifiche censure rivolte avverso la sentenza gravata, essendo quest'ultima l'oggetto diretto ed immediato dell'impugnazione.

Di converso, nel caso di una sentenza di rigetto del ricorso di primo grado, non determinandosi alcuna modificazione nella realtà giuridica preesistente, l'originario ricorrente che volesse proporre appello, potrebbe esimersi dal criticare specificamente la pronuncia gravata, giacché la lesione della situazione giuridica soggettiva di cui si domanda tutela avrebbe origine direttamente dal provvedimento amministrativo impugnato in primo grado, ovvero in quel

del richiamo operato dall'art. 29 comma 1 l. Tar, che rinvia alle norme che regolano il processo innanzi al Consiglio di Stato».

⁷⁸ Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971; sez. V, 21 novembre 2007, n. 5926. Si tratta di un orientamento che fa propria la tesi sviluppata in dottrina da LUBRANO F., *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, cit., pp. 35 ss., e condivisa, tra gli altri, da: PAEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 327-328; SAIITA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., pp. 270 ss. (spec. p. 273), secondo cui «ancorché l'oggetto dell'appello amministrativo si identifichi formalmente con la sentenza di primo grado, dal punto di vista sostanziale esso mut[a] a seconda della posizione delle parti e dell'esito del processo di primo grado»; SAIITA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., p. 660, ad avviso del quale «l'appello non offre e non può offrire un volto unitario sotto il profilo qualificatorio per il semplice fatto che non può essere considerato sotto un unico aggregante [dal] punto di vista classificatorio. Questo perché c'è appello e appello: una cosa è l'appello proposto avverso la sentenza di accoglimento e altra cosa è l'appello proposto avverso una sentenza di rigetto [...]».

segmento dell'azione amministrativa di cui il ricorrente aveva denunciato l'illegittimità. Nella fattispecie in esame, l'atto d'appello non richiederebbe uno specifico impegno volto alla puntualizzazione delle censure direttamente riferite alla sentenza di primo grado, cosicché anche la mera riedizione dei motivi di ricorso, ritenuti infondati in prima istanza, potrebbe conseguire l'effetto di rendere ammissibile l'appello.

6. Funzione e contenuto dei motivi d'appello nell'impianto del Codice del processo amministrativo. Elementi a sostegno della tesi per la quale la cognizione del giudice dell'appello è rivolta direttamente alla sentenza impugnata e solo in via mediata al rapporto controverso sul quale ha statuito il giudice di primo grado.

È in questo quadro che si è registrato, da ultimo, l'intervento del Codice del processo amministrativo, il quale contiene, da parte sua, un'espressa disposizione riferita all'onere di specificazione dei motivi d'appello. Segnatamente, ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.a., il ricorso in appello deve contenere, tra l'altro, «le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata».

In proposito, non è senza significato l'utilizzo del termine "censure" in luogo del certamente più generico termine "motivi", che il legislatore ha invece utilizzato con riferimento al solo contenuto del ricorso di primo grado (art. 40, comma 1, lett. d), c.p.a.). Il *Codice*, dunque, mantiene distinti i due concetti, tra i quali non v'è possibilità di sovrapposizione,⁷⁹ di guisa che la specificazione delle censure in sede d'appello non può essere confusa con l'oggetto della domanda di primo grado, definito tramite i diversi elementi di cui all'art. 40, comma 1, c.p.a..

Ne consegue, insomma, già da un'interpretazione letterale della legge, che ai motivi d'appello viene assegnata una duplice rilevanza funzionale: di individuazione del *quantum appellatum* e, contemporaneamente, di esplicazione

⁷⁹ A riguardo, PERONGINI S., *L'appello nel processo amministrativo*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di CIRILLO G. P., Padova, 2014, p. 844.

delle ragioni di critica della sentenza. Ciò che resta confermato anche dalla c.d. Relazione finale di accompagnamento al *Codice*, la quale precisa che il contenuto del ricorso in appello è disciplinato in conformità all'art. 342 c.p.c. (nella formulazione allora in vigore).⁸⁰ Norma, quest'ultima, già intesa dai giudici ordinari nel senso che l'indicazione degli specifici motivi d'impugnazione imponesse di sviluppare nell'atto d'appello specifiche critiche rivolte alla sentenza gravata, indicando le ragioni poste alla base dell'invocata riforma.⁸¹

In questo modo, il legislatore delegato ha convalidato l'opinione autorevolmente sostenuta in dottrina,⁸² e poi ripresa dalla giurisprudenza maggioritaria,⁸³ secondo cui l'attacco alla pronuncia di primo grado deve risolversi innanzitutto in una critica di quella decisione, vale a dire nella specificazione degli errori commessi dal giudice *a quo*,⁸⁴ escludendo che l'oggetto dell'appello, ossia quello sul quale si esplica la cognizione del secondo giudice, possa così consistere nel solo rapporto controverso già oggetto del giudizio di prime cure.

⁸⁰ La Relazione di accompagnamento al *Codice* prevede, testualmente, che «viene disciplinato il contenuto del ricorso in appello, stabilendo, in conformità all'art. 342 cod. proc. civ., che esso deve contenere specifiche censure contro i capi della sentenza gravata».

⁸¹ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10493: «l'onere della specificazione dei motivi d'appello ai sensi dell'art. 342 cod. proc. civ. ha la duplice funzione di delimitare l'ambito della cognizione del giudice d'appello e di consentire il puntuale esame delle critiche mosse alla sentenza impugnata, ed è assolto solo se l'atto di appello contiene articolate ragioni di doglianza su punti specifici della sentenza di primo grado».

⁸² Si fa riferimento, tra gli altri, a PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 333-334; SATTA F., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 396; BASSI F., *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, cit., p. 344, secondo cui il ricorso in appello deve caratterizzarsi «per una attenta e dettagliata critica della sentenza impugnata, critica attraverso la quale dovranno emergere tutti gli *errores in procedendo* e gli *errores in iudicando* inficianti la sentenza stessa».

⁸³ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2240: «Attesa la natura impugnatoria dell'appello, le censure con esso dedotte devono investire puntualmente il decisum di primo grado e, in particolare, precisare i motivi della erroneità della decisione impugnata».

⁸⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, secondo cui la previsione contenuta nell'art. 101, comma 1, c.p.a. deve ritenersi «di carattere ricognitivo» dell'orientamento giurisprudenziale più rigoroso in materia.

A questo punto, come correttamente osservato in dottrina,⁸⁵ i dubbi non riguardano tanto l'onere, certamente gravante sull'appellante, di sviluppare una specifica critica alla sentenza gravata, bensì il grado di specificità dei motivi d'appello che può ritenersi sufficiente affinché quell'onere sia correttamente assolto.

In proposito, la giurisprudenza ha ritenuto che il grado di specificità dei motivi di gravame non può essere definito *a priori* attraverso una regola generale, dovendo, invece, essere parametrato e vagliato alla luce del grado di specificità della motivazione della sentenza impugnata, di guisa che una critica generica afferente l'ingiustizia della sentenza è certamente inammissibile laddove il giudice di prime cure abbia confutato puntualmente i motivi contenuti nella domanda di primo grado.⁸⁶ In questi casi, dunque, l'appello avverso la decisione del Tar non può consistere in un mero richiamo alle censure prospettate con il ricorso di primo grado né può risolversi in una pedissequa riproposizione delle questioni e delle eccezioni articolate in quella sede,⁸⁷ dovendo l'appellante, a pena d'inammissibilità del gravame, precisare i motivi per i quali la sentenza impugnata sarebbe erronea e da riformare.⁸⁸

La mera riproposizione, con l'atto d'appello, dei motivi contenuti nel ricorso di primo grado si giustifica, al contrario, solo nella misura in cui il Tar non abbia esaminato quei motivi ovvero li abbia esaminati con argomenti palesemente non pertinenti o generici.⁸⁹

Al di fuori di detta ipotesi eccezionale, le «specifiche censure contro i capi della sentenza gravata» debbono tradursi nella denuncia di uno specifico errore di giudizio (rilevabile dalla motivazione) o di attività (rilevabile *ex actis*),⁹⁰ talché il

⁸⁵ SAITTA F., *Commento all'art. 101 del codice del processo amministrativo*, cit.

⁸⁶ Cons. Stato, sez. III, 23 luglio 2015, n. 3650.

⁸⁷ Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4979.

⁸⁸ Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3088; sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4613; sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6370; sez. III, 14 giugno 2011, n. 3619.

⁸⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10. In senso conforme, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2500; sez. V, 16 aprile 2014, n. 1859.

⁹⁰ Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2697: «il rimedio dell'appello non dà luogo ad un "*novum iudicium*", ma si sostanzia in un mezzo di controllo di eventuali errori di giudizio commessi dal

motivo d'appello potrà ritenersi specifico laddove formulato in termini tali da permettere l'esatta individuazione dell'errore che inficia la sentenza gravata.⁹¹ A quest'ultima osservazione si riconnette la massima giurisprudenziale secondo cui il requisito di specificità dei motivi esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'appellante, volte ad incrinare il fondamento logico-giuridico delle prime.⁹² Trattasi evidentemente di un criterio empirico, laddove le argomentazioni così sviluppate dall'appellante consentono, di riflesso, di individuare specificamente l'errore denunciato.

Tanto premesso, se l'atto d'appello deve certamente contenere la denuncia degli errori commessi dal primo giudice, ciò non implica che l'oggetto dell'appello si esaurisca nella cognizione dei soli vizi della sentenza siccome denunciati dall'appellante. Come già ampiamente dimostrato *supra* (cap. II, par. 4.2.), la circostanza che il giudizio d'appello si fondi sulle specifiche censure avverso il capo della pronuncia gravata non ha come ulteriore conseguenza, da un punto di vista teorico, il dover individuare l'oggetto esclusivo di quel giudizio nella sentenza avverso la quale si dirige la critica dell'appellante.⁹³ Del resto, già Nigro aveva avuto cura di osservare che la struttura impugnatoria del gravame, derivante, per l'appunto, dalla prescrizione di vincoli alla critica della sentenza, può determinare una limitazione dell'ambito cognitorio, ma non esclude in radice che il giudice di secondo grado possa a sua volta esercitare la *cognitio causae*, e dunque, rendere una pronuncia che attesti la fondatezza o meno della domanda già avanzata in prime cure.⁹⁴

giudice di primo grado ("*revisio prioris instantiae*"), cosicché la cognizione su di essi non può che fondarsi sull'enucleazione di censure in grado di infirmare il fondamento logico-giuridico della decisione avversata».

⁹¹ In dottrina, per un'impostazione simile, cfr. POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., p. 470.

⁹² In questi termini, cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4865; sez. V, 12 maggio 2015, n. 2345; sez. V, 9 marzo 2015, n. 1176; sez. VI, 16 gennaio 2015, n. 106.

⁹³ È quanto sostenuto, tra gli altri, anche da BASSI F., *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, cit., p. 345.

⁹⁴ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 135 ss.. In tal senso, anche BASSI F., *L'effetto devolutivo dell'appello (dalla parte del ricorrente)*, cit., p. 345.

Osservazione, questa, che trova conferma nell'attuale impianto codicistico, avendo il legislatore delegato fornito indici che conducono l'interprete ad abbandonare letture oltremodo radicali nel senso di una funzione esclusivamente eliminatoria dell'appello, che porterebbe ad individuarne l'oggetto esclusivo nel provvedimento giurisdizionale impugnato.

A sostegno di quanto appena osservato milita, in particolare, la previsione di cui all'art. 105 c.p.a., il quale considera come del tutto tassative le ipotesi in cui il Consiglio di Stato, attestata la sussistenza di determinati errori nel precedente grado di giudizio, è tenuto a rimettere la causa al giudice di primo grado, dovendo altrimenti lo stesso giudice del gravame decidere la controversia nel merito, e dunque, conoscere della *res in iudicium deducta* in prime cure.⁹⁵ L'intento complessivo rivelato dalla disciplina positiva è insomma quello di dilatare i casi di riesame e limitare, per l'effetto, i casi di rinvio. Ciò comporta che al di fuori delle ipotesi espressamente tipizzate dall'art. 105 c.p.a., l'accertata fondatezza di un motivo di gravame non si traduce nella mera demolizione della sentenza appellata, bensì nella rinnovazione del giudizio sul rapporto controverso, il quale diviene anch'esso oggetto di cognizione da parte del giudice di secondo grado.

Alla luce di quanto appena osservato, non si dubita che l'onere di una formulazione specifica delle censure avverso i capi della sentenza gravata attribuisca ai motivi d'appello un rilievo tutto particolare, al punto che la loro esposizione assurge a nucleo essenziale del ricorso. Tuttavia, le censure così sviluppate dall'appellante non sono fini a sé stesse; non mirano cioè ad ottenere la sola caducazione della sentenza demolendone i fondamenti logici che la sorreggono, ma sono finalizzate a provocare un nuovo esame della causa, affinché questa sia decisa in senso favorevole all'appellante.

⁹⁵ Nel senso che la natura tassativa delle ipotesi di rimessione della causa al primo giudice faccia da *pendant* al carattere rinnovatorio dell'appello al Consiglio di Stato, cfr. ZITO A., *Le impugnazioni*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di SCOCA F. G., Torino, 2014, p. 428; TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 332; CORLETTI D., *Commento all'art. 105 Codice del processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di QUARANTA A. – LOPILATO V., Milano, 2010, p. 813: «una volta insomma che si riconosca all'appello il carattere di gravame rinnovatorio, il rinvio al primo giudice non può rappresentare che una eccezione alla normale devoluzione della controversia al giudice di secondo grado».

Di conseguenza, se la *causa petendi* del ricorso in appello va ricercata nell'errore o negli errori imputabili al giudice di prime cure siccome denunciati con gli specifici motivi di gravame, il *petitum* (immediato) non è dato dall'*eliminazione* della pronuncia di primo grado bensì dalla *riforma* di quella concreta statuizione nelle cui premesse logico-giuridiche si annida il vizio denunciato, e dalla quale statuizione è derivata la soccombenza dell'appellante.⁹⁶ È dunque esatto sostenere che la cognizione del giudice d'appello ricada innanzitutto sull'errore denunciato dalla parte che propone il gravame, ma questa è solo la premessa per un giudizio teso, da ultimo, a regolare il rapporto controverso tra le parti.

In tale contesto, appare tutt'altro che peregrina la tesi secondo cui l'appello amministrativo si introduce come mezzo di impugnazione ma funziona come giudizio di riesame,⁹⁷ e risulta altresì convalidata la lettura, pur formulata in ambito processualcivilistico,⁹⁸ che individua l'oggetto diretto dell'appello nella sentenza impugnata⁹⁹ e l'oggetto indiretto di quello stesso giudizio nella situazione giuridica extraprocessuale dalla quale è originata la lite tra le parti.

⁹⁶ Circa la finalizzazione degli specifici motivi d'appello alla riforma della sentenza impugnata, seppur con riferimento al processo civile, cfr. Cass. civ., sez. III, 19 dicembre 2014, n. 26908.

⁹⁷ Così, MONTEDORO G., *Brevi considerazioni in tema di principi generali sui mezzi di impugnazione delle sentenze e futura codificazione del processo amministrativo*, p. 683. Dello stesso avviso, ZITO A., *Le impugnazioni*, cit., p. 429, secondo cui non deve meravigliare che un mezzo di impugnazione sia in via generale rinnovatorio, ma nel contempo presenti un carattere impugnatorio. «Posto infatti che tra il giudizio di primo grado e quello di secondo grado interviene necessariamente una nuova fattispecie giuridica costituita dalla sentenza, ne consegue che, quand'anche il diritto positivo voglia modellare il rimedio in senso rinnovatorio, non può non tenere conto di questo fatto e dunque non può non prevedere, ed anzi imporre come fa oggi l'art. 101, comma 1, c.p.a., la critica della sentenza appellata». È in tal senso, peraltro, che vanno lette le più recenti decisioni del Consiglio di Stato, il quale, in termini forse oltremodo recisi, ha affermato che «Nel giudizio amministrativo costituisce specifico onere dell'appellante formulare una critica puntuale della motivazione della sentenza impugnata, posto che l'oggetto di tale giudizio è costituito da quest'ultima e non dal provvedimento gravato in primo grado» (Cons. Stato, sez. IV, 2 agosto 2016, n. 3491; sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3169).

⁹⁸ POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., p. 448.

⁹⁹ Per una conferma a livello giurisprudenziale della tesi in oggetto, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8649, laddove si afferma che è la sentenza impugnata «l'oggetto immediato della

devoluzione in appello, sicché sia la critica dell'appellante sia la verifica da parte del Consiglio di Stato debbono riguardare quella sentenza e il modo in cui ha deciso sul ricorso originario».

CAPITOLO III

AMPIEZZA DEL *THEMA DECIDENDUM* NEL GIUDIZIO D'APPELLO

Sezione Prima

LA COGNIZIONE NEL GIUDIZIO D'APPELLO TRA DEVOLUZIONE AUTOMATICA ED INIZIATIVA DI PARTE.

1. Delimitazione dell'ambito entro il quale si esercita la *cognitio causae*: principio dispositivo ed effetto devolutivo.

Giunti a questo punto dell'indagine, è necessario focalizzare l'attenzione sull'ambito entro il quale si esplica la cognizione del giudice del gravame con riferimento alla *res in iudicium deducta* in primo grado. Invero, la circostanza che il giudizio d'appello sia teleologicamente orientato ad assicurare un riesame del rapporto controverso non è di per sé sola risolutiva per individuare i limiti entro cui il giudice di secondo grado esercita la *cognitio causae*.

Quel che può dirsi, in primo luogo, è che l'impugnazione avanzata dalla parte soccombente, vale a dire la critica alla sentenza di primo grado, fa scattare un meccanismo per mezzo del quale il materiale di cognizione introdotto in prime cure viene sottoposto al riesame del giudice *ad quem*.¹ Detto meccanismo,

¹ Cfr., BONSIGNORI A., *Premesse allo studio dell'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 699; ID., *Critica dell'effetto devolutivo in senso generico ed astratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 632 ss., il quale, a riguardo, discorre di effetto devolutivo in senso generico ed astratto. In tema,

indicato dalla dottrina come c.d. effetto devolutivo, comporta, in particolare, la riemersione automatica (automatica in quanto non presuppone una specifica iniziativa di parte), in sede di gravame, del materiale di cognizione già introdotto dalle parti in primo grado.²

Vale tuttavia precisare che alla ricorrente affermazione circa la vigenza dell'effetto devolutivo nel giudizio d'appello si accompagnano letture diverse sull'ambito di operatività di un tale effetto. Segnatamente, la questione che si pone è quella di individuare la parte del materiale di causa sul quale andrà ad esplicarsi il riesame del giudice di secondo grado, e di chiarire se la riemersione del materiale cognitorio in appello dipenda da una mera iniziativa di chi propone l'impugnazione ovvero da una *voluntas legis*, che ricollegghi detta riemersione alla semplice circostanza dell'aver proposto il ricorso in appello. Potenzialmente, le soluzioni sono molteplici, nel senso che la cognizione del giudice sul rapporto controverso può essere fissata interamente dall'iniziativa della parte ovvero da un automatismo legislativamente previsto. Ma possono ipotizzarsi anche

anche PAEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, p. 386, laddove l'A. fa riferimento ad un «effetto di traslazione del processo ad altro giudice»;

² Sull'effetto devolutivo nel processo amministrativo il contributo di maggior rilievo resta a tutt'oggi quello di NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 384 ss.. Sul tema, peraltro, la letteratura è pressoché sterminata. A riguardo si segnalano, tra i tanti studi, POTOTSCHNIG U., *Appello*, cit., pp. 790 ss.; STELLA RICHTER P., *Il giudizio di appello*, cit., pp. 1898 ss.; QUARANTA A., *L'appello nel sistema dei mezzi di impugnazione delle sentenze dei Tribunali Amministrativi regionali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, pp. 1862 ss.; VIRGA P., *L'oggetto dell'appello amministrativo*, cit., pp. 725 ss.; SANTORO S., *Il giudizio amministrativo di secondo grado*, cit., pp. 2605 ss.; VILLATA R., *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, I, pp. 131 ss.; GALLO C. E., *Appello nel processo amministrativo*, cit., p. 325; POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., pp. 165-171. È bene osservare che nella giurisprudenza del Consiglio di Stato l'effetto devolutivo, inteso come automaticità della riemersione in appello del materiale di causa introdotto in primo grado, è spesso confuso con l'attribuzione, al giudice del gravame, del potere di riesaminare il rapporto controverso. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2015, n. 5337; sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2139; sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3359. In dottrina, sembra aderire ad una tale lettura anche PERONGINI S., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 181, ad avviso del quale «La natura o contenuto dell'effetto devolutivo consiste nella capacità, della relativa impugnazione, di determinare la traslazione del potere di cognizione e di decisione della controversia, esaminata e decisa in prime cure, al giudice di grado superiore».

soluzioni intermedie, diversamente articolate a seconda della misura che si intenda assegnare alla devoluzione automatica e al significato che si voglia attribuire all'iniziativa di parte rispetto ad essa.

La soluzione del problema in esame va ricercata, ancora una volta, nelle pieghe del diritto positivo e, segnatamente, nello stesso art. 101, comma 1, c.p.a. già esaminato a proposito dell'onere di specificazione dei motivi, nella parte in cui la disposizione in oggetto stabilisce che le specifiche censure dell'atto d'appello vanno rivolte contro «i capi della sentenza gravata». In base a quanto stabilito dal legislatore, pertanto, l'effetto devolutivo si produce nell'ambito del capo di sentenza avverso cui si dirige l'impugnazione.

Ne consegue che la richiesta di riesame avanzata dall'appellante non si traduce nell'automatica riemersione in secondo grado dell'intero materiale di causa introdotto in prime cure, ricomprendente, per dirla con Nigro,³ l'insieme delle domande, eccezioni, deduzioni, ragioni, difese, motivi e censure già oggetto di cognizione. Un siffatto modo di intendere la funzione rinnovatoria del gravame, ed una tale estensione dell'effetto devolutivo, non potrebbero dirsi coerenti con la struttura del giudizio d'appello quale risultante dal dato positivo.

Invero, una volta dimostrato che l'oggetto immediato dell'appello si individua nella sentenza gravata,⁴ è giocoforza ritenere che il giudice di secondo grado esercita la *cognitio causae* con riferimento a quel solo segmento della controversia definita dalla parte di sentenza avverso la quale si indirizzano le specifiche censure dell'appellante: ciò in base al principio del *tantum devolutum quantum appellatum*.⁵ E non potrebbe essere altrimenti, se si considera che il

³ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, pp. 389-390.

⁴ Rilievo, questo, che trova conferma, oltre che nelle osservazioni di cui al Capitolo precedente, anche nel *Codice*, all'art. 91, che qualifica l'appello come "mezzo di impugnazione della sentenza".

⁵ A riguardo, SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., p. 663, ove si osserva che il trasferimento del materiale di causa al giudice di secondo grado può non realizzarsi in maniera integrale, «dato che il campo della sua indagine e la latitudine dei suoi poteri possono risultare più ridotti rispetto a quelli propri del giudizio di t.a.r. poiché, in forza del principio dispositivo, l'ambito del giudizio di appello è determinato dallo stesso appellante, ossia limitato ai punti o capi di sentenza concretamente fatti oggetto di appello: la regola *tantum devolutum quantum appellatum* non ammette

giudizio d'appello, come quello di primo grado, è dominato dal principio dispositivo, di guisa che il giudice di secondo grado non potrebbe far giustizia oltre il limite in cui la giustizia gli è domandata;⁶ nel caso contrario lo stesso giudice pronunciarebbe *ultra o extrapetita partium*.

Con ciò, tuttavia, non si intende affermare che il principio dispositivo, sul quale, come detto, anche il giudizio d'appello si fonda, possa addirittura impedire la configurabilità stessa dell'effetto devolutivo. A tal riguardo, infatti, la dottrina ha osservato che, da un punto di vista teorico, il principio in parola non comporta che tutta la riemersione del materiale di causa dibattuto in primo grado debba avvenire su istanza di parte.⁷ Detto principio, per vero, potrebbe segnare dei limiti all'operatività dell'effetto devolutivo,⁸ nel senso che il materiale

deroghe [...]». In giurisprudenza, cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2012, n. 5253: «l'effetto devolutivo dell'appello non si verifica per il capo della sentenza di primo grado che non sia stato specificatamente investito dai motivi d'impugnazione, con conseguente formazione sul punto del giudicato (*tantum devolutum quantum appellatum*)». In senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2011, n. 5820; sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5650.

⁶ Profilo, questo, già messo in risalto da CARNELUTTI F., *Capo di sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, p. 127.

⁷ A riguardo, BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo dell'appello*, cit., pp. 1326-1335 (spec. p. 1330). In tal senso, più di recente, DE PRETIS D., *L'appello*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di SANDULLI A., Milano, 2013, p. 254, laddove l'A. precisa che «in applicazione del principio dispositivo occorre osservare che è lo stesso giudizio di appello ad essere a sua volta definito dalla domanda dell'appellante. [...] Al tempo stesso tuttavia va notato che l'effetto devolutivo dell'appello può far sì che riemergano comunque, nel giudizio di secondo grado, questioni attinenti al primo grado di giudizio non proposte nell'atto di appello».

⁸ È quanto sostenuto da SASSANI B., *Appello (dir. proc. civ.)*, cit., p. 192, il quale ritiene che «esigenze [...] di rispetto della volontà dell'appellante interferiscono quindi variamente con la sussistenza di un effetto devolutivo pieno ed automatico». Sul punto, anche GALLO C.E., *Appello nel processo amministrativo*, *Aggiorn.* 2012, a cura di BAIONA S., in *Digesto on-line*, secondo cui «sono le censure delle parti contro i singoli capi della sentenza a tracciare i confini del *thema decidendum*, nell'ambito del quale si produce l'effetto devolutivo dell'appello»; NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 341, il quale osserva che «nei gravami rinnovatori moderni la devoluzione automatica incontra dei limiti o in altri principi processuali, generali o propri di ciascun processo, o in espresse previsioni di legge»; GIULIETTI W., *Note sulla specificità delle censure alla sentenza appellata*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, IV, p. 1225, laddove si sottolinea che «Il limite all'effetto devolutivo nel processo amministrativo è dunque rappresentato dall'operare del principio dispositivo e dall'onere di motivare le censure

di causa sottoposto alla cognizione del Consiglio di Stato è solo quello ricompreso nel capo di sentenza impugnato, ma non contraddice di per sé al fenomeno dell'automatica riemersione in appello di quanto ha già costituito oggetto di cognizione da parte del primo giudice.

2. Il capo di sentenza come limite e misura dell'effetto devolutivo.

Per quanto appena detto, dunque, la devoluzione opera nei soli limiti della puntuale e specifica impugnazione del capo di sentenza gravato,⁹ in ossequio al principio dispositivo che incide sull'automatica riemersione in appello del materiale di causa introdotto in primo grado.¹⁰

In tale contesto, l'ampiezza dell'effetto devolutivo risulta strettamente condizionata dalla nozione di "capo di sentenza",¹¹ vero limite alla devoluzione automatica di cui si discorre, ed intorno al cui significato, tuttavia, si registra nel panorama dottrinale una profonda divergenza di opinioni.

d'appello»; SCOCA S.S., *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, cit., p. 461, ove si afferma che «l'effetto devolutivo va temperato con il principio della domanda». In tal senso, anche LEONE G., *Le impugnazioni nel processo amministrativo: profili generali*, cit., p. 324.

⁹ È bene considerare, tuttavia, che nel caso in cui vi siano capi dipendenti da quelli espressamente impugnati, tali capi dipendenti andranno considerati anch'essi automaticamente attratti nell'ambito dell'oggetto del giudizio di gravame. In tal senso, cfr. CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., pp. 179 ss.. Sul tema, anche BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 944, il quale rileva che la devoluzione fra capi dipendenti «riguarda un momento logicamente e cronologicamente posteriore alla delimitazione dell'oggetto del riesame da parte del giudice di secondo grado, concernendo l'effetto conseguente alla sua pronuncia»

¹⁰ LAURA A., *Nota a Consiglio di Stato 19 gennaio 1999 n. 1*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, II, pp. 432 ss., la quale avverte che in ragione del principio della domanda «l'automatica riemersione opererà esclusivamente entro il capo, o i capi, di sentenza».

¹¹ Cfr. VILLATA R., *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 140-141, laddove l'A. ricorda che «gode larghissimo, anche se non unanime, consenso il convincimento che la definizione di tale concetto (quale il capo di sentenza, n.d.r.), e la sua individuazione nella concreta vicenda processuale, è strettamente collegata all'effetto devolutivo, anzi ne segna i confini».

Il problema dell'individuazione del capo di sentenza corrisponde, fondamentalmente, al problema dell'individuazione delle unità elementari in cui si scinde la decisione del giudice dal punto di vista del rispettivo contenuto, fermo restando che la determinazione di quell'unità elementare non è fine a sé stessa, ma sottende una valutazione circa la struttura e la funzione dell'impugnazione, per stabilire in corrispondenza di quali entità minime si svolga il relativo giudizio.¹²

A tal proposito, la tesi tradizionale – risalente a Chiovenda – risolve il concetto di capo di sentenza nella decisione su ogni singolo capo della domanda proposta in giudizio.¹³ Il capo di sentenza consisterebbe, quindi, in «un accertamento di una singola volontà concreta di legge, cioè un atto giuridico completo, tale da poter costituire da solo, anche separatamente dagli altri capi, il contenuto di una vera e propria sentenza».¹⁴

A detta impostazione si è opposta la nozione di capo di sentenza come risoluzione di ogni singola questione di fatto o di diritto concretamente sorta nel processo,¹⁵ obiettandosi alla tesi tradizionale che se il capo di sentenza si identificasse con la decisione di una lite, la sentenza con più capi si avrebbe solo qualora il giudice decidesse su più liti, ciò che accade nel caso di processo cumulativo. In questo modo, tuttavia, il capo di sentenza sarebbe non tanto la sentenza ridotta ai minimi termini, quanto piuttosto la sentenza nelle sue massime dimensioni.¹⁶ Si è inoltre aggiunto che il rinvio dalla nozione di capo di

¹² CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, cit., p. 87 (spec. nota 81).

¹³ CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 988. In questo senso, anche CALAMANDREI P., *Appunti sulla reformatio in peius*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, pp. 300 ss.; DELITALIA G., *L'appello incidentale del Pubblico Ministero*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, IX, pp. 973 ss.; BETTI E., *Diritto processuale civile*, cit., p. 668; BALZANO N., *Acquiescenza, parti della sentenza e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, p. 217; BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, cit., pp. 944 ss.; BASSI F., *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, cit., p. 344.

¹⁴ CALAMANDREI P., *Appunti sulla reformatio in peius*, cit., p. 300.

¹⁵ CARNELUTTI F., *Capo di sentenza*, cit., pp. 117 ss.; PROVINCIALI R., *Sistema delle impugnazioni*, Padova, 1943, p. 343.

¹⁶ CARNELUTTI F., *op. ult. cit.*, cit., p. 119, in aperto contrasto con l'opinione espressa da DELITALIA G., *L'appello incidentale del Pubblico Ministero*, cit., p. 979.

sentenza a quella di capo di domanda lascerebbe fondamentalmente impregiudicato il problema in esame.¹⁷ L'unità elementare della sentenza andrebbe quindi ricercata nella soluzione di ogni questione che il giudice abbia affrontato per pervenire alla definizione della lite.

Com'è stato attentamente osservato in dottrina, la prima impostazione comporta un frazionamento della sentenza dal punto di vista del proprio contenuto imperativo (c.d. frazionamento orizzontale); al contrario, il secondo orientamento opera una scissione della decisione giudiziale dal punto di vista del rispettivo contenuto logico, ponendo l'accento sull'intero processo di formazione della volontà del giudice (c.d. frazionamento verticale).¹⁸

È bene peraltro segnalare che, nell'ambito del processo amministrativo, ai suddetti problemi di ordine generale si sono sommate incertezze ulteriori derivanti dal controverso concetto di "capo di domanda",¹⁹ sul quale la dottrina che ne ha teorizzato l'equivalenza con il "capo di sentenza" ha dovuto necessariamente indagare.²⁰

Così, prendendo in esame una tipica azione di annullamento, un primo orientamento dottrinale ha ritenuto che ad ogni singolo vizio-motivo di illegittimità, prospettato dal ricorrente per ottenere la caducazione di uno stesso provvedimento, dovesse corrispondere un diverso capo di domanda.²¹ Altra

¹⁷ CARNELUTTI F., *op. ult. cit.*, cit., p. 117: «il problema: cosa sia "capo di sentenza" è identico all'altro: cosa sia "capo di domanda"; e quando si dice che questo e quello sono la stessa cosa non si è fatto un passo per risolverlo».

¹⁸ Così NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 397-398; LIEBMAN E. T., «Parte» o «capo» di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 47 ss.

¹⁹ IARIA D., *I mezzi di impugnazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, IV, a cura di CASSESE S., Milano, 2000, p. 3481, ove si sottolinea che il concetto di capo di sentenza «risulta di quanto mai controversa definizione, dipendendo essa dal modo d'intendere non solo l'appello ma l'intero processo amministrativo».

²⁰ Cfr., per tutti, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 394 ss.

²¹ Tesi, questa, che con riferimento alle azioni di impugnativa di atti e negozi di diritto privato nel processo civile, ha visto il suo più autorevole sostenitore in CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, pp. 285 e 989. Per quanto riguarda la dottrina amministrativistica, cfr. CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, rist. ed. 1911-1914, p. 821, il quale sostiene che «ogni fatto generatore di nullità di un atto (vizio di forma, incompetenza, ecc.) sia una *causa*

parte della dottrina ha invece ritenuto che il capo di domanda dovesse individuarsi in relazione alla richiesta di annullamento del provvedimento impugnato, a prescindere da quanti fossero i vizi denunciati.²²

Il problema dell'individuazione del capo di domanda, dunque, altro non è che il problema della funzione che si intende assegnare al motivo di ricorso: se questo sia, o meno, un elemento identificativo dell'azione.²³

petendi nuova»; ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., p. 371, secondo cui «il principio per cui il motivo identifica il ricorso, sta proprio a significare che contro uno stesso atto, sono proposti tanti ricorsi, quanti sono i vizi dell'atto stesso che vengono denunciati»; SANDULLI A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, pp. 54-55 e 57; ANDREANI A., *Forma del ricorso ed esercizio dell'azione nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 243 ss. (spec. 258); VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pp. 540-541.

²² La tesi è stata sostenuta, tra gli altri, da PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, p. 215, il quale ravvisa «una certa fungibilità dei motivi dai quali viene fatta dipendere l'eliminazione degli effetti giuridici del negozio». In tal senso si pongono anche CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975, pp. 62-63; SATTA F., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 207, il quale, muovendo dalla constatazione che nel processo amministrativo sono solitamente prospettati più vizi, ritiene che «questi vizi non sono in realtà figure autonome, che trovino effettivo riscontro sul piano del giudizio, ma sono soltanto aspetti di un unico vizio [...]: è il vizio di legittimità, cioè l'ingiustizia della valutazione discrezionale che, non denunciabile come tale, può essere espressa solo in termini di difformità del provvedimento rispetto ad una serie di principi e criteri di correttezza giuridica e razionalità di condotta e di giudizio, cui l'amministrazione deve adeguarsi».

²³ In tema, cfr. MIGNONE C., *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984, pp. 427 ss., il quale, dopo aver esposto i vari orientamenti a riguardo, aderisce alla tesi che assegna al vizio-motivo dedotto in giudizio la capacità di identificare l'azione e di individuare un capo di domanda a sé stante. Dello stesso avviso si era dimostrata in passato anche la giurisprudenza. Cfr., Cons. Stato, Ad. plen., 19 gennaio 1999, n. 1, secondo cui, rispetto al processo amministrativo, «ogni motivo di impugnazione comporta una specifica domanda su cui si fonda la richiesta di annullamento dell'atto impugnato». Sulla questione, per vero, è tornato a pronunciarsi di recente il Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, ad avviso del quale «per le azioni costitutive [...] la *causa petendi* può investire una serie di fatti genetici in quanto considerati dalla legge, *quoad effectum*, come costitutivi del medesimo ed unico diritto». Di conseguenza, «nel giudizio impugnatorio di legittimità, l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale, motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti». In questo modo, il Consiglio di Stato aderisce alla tesi secondo cui la domanda è identificata dalla richiesta di annullamento di un certo provvedimento (assegnando rilievo decisivo al criterio del *petitum*), quand'anche il ricorrente abbia dedotto in giudizio una pluralità di vizi. Tuttavia, come

È in questo quadro che si pone l'ulteriore interrogativo circa la possibilità di far corrispondere il capo della sentenza amministrativa al *petitum* immediato della domanda, vale a dire alla richiesta d'annullamento del provvedimento di cui si tratti; ovvero ad una *causa petendi* asseritamente diversa a seconda dello specifico vizio di legittimità dedotto in giudizio, talché per ogni vizio-motivo di illegittimità scrutinato dal giudice sarebbe possibile isolare un autonomo capo di sentenza. La questione, come già ricordato, presenta risvolti pratici di primissimo rilievo, laddove, quanto più circoscritta sarà la nozione accolta per il "capo di sentenza", tanto più ristretti saranno i margini di operatività dell'effetto devolutivo.

Tra le due soluzioni appena richiamate si inserisce peraltro, in posizione mediana, l'attento studio di Nigro, il quale, analizzando il concetto di capo di sentenza nel processo amministrativo, ne fornisce una definizione più elastica. Egli, in particolare, prestando attenzione ai vari effetti originanti dalla sentenza del giudice amministrativo, e ponendo l'accento sul c.d. effetto conformativo, ritiene che la divisione della sentenza in singoli capi debba avvenire secondo un criterio che tenga conto della peculiarità del vantaggio (e corrispondentemente, dello svantaggio) che la decisione del ricorso è in grado di apportare alle parti sulla base di uno o più motivi, anziché sulla base di altro o altri motivi.²⁴ In

precisato da TRAVI A., *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo (Osservazioni a Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, e 13 aprile 2015, n. 4)*, in *Foro it.*, 2015, III, pp. 286 ss., «l'analisi sulla nozione di "domanda" prospettata dall'adunanza plenaria non risponde a ragioni generali di ordine sistematico, ma è essenzialmente strumentale a risolvere la questione della graduazione dei motivi del ricorso». Di conseguenza, aggiunge l'A., «la soluzione accolta nella pronuncia in rassegna non può essere riproposta direttamente in altri contesti rispetto ai quali assume rilievo la nozione di "domanda": si pensi alla nozione di capo di sentenza». Il Consiglio di Stato, infatti, si disinteressa totalmente della dibattuta corrispondenza tra "capo di domanda" e "capo di sentenza", lasciando impregiudicata la questione in esame.

²⁴ NIGRO M., *op. ult. cit.*, pp. 417 ss., (spec. 423-424): «La domanda di annullamento con pluralità di motivi che pur muove dall'affermazione di un solo diritto all'annullamento, si scinde così in tanti capi, quante sono le *dimensioni* di vincolo – e quindi i tipi di vantaggio – che i diversi motivi possono produrre attraverso l'annullamento». Ne deriva che un capo di domanda, e dunque un capo di sentenza, «può essere costituito da uno solo o da più motivi, se essi danno luogo agli stessi effetti dal punto di vista qui considerato». La tesi in oggetto è stata poi rivalutata da SPIZZICHINO R., /

questo modo, per capo di sentenza non va considerata né la pronuncia su ogni singolo vizio, né quella complessiva sulla domanda di annullamento, bensì la pronuncia su più vizi fra loro equipollenti per quanto attiene al vincolo che la sentenza può costituire in capo all'Amministrazione relativamente al futuro esercizio del potere.²⁵

Com'è evidente, la lettura in esame presenta particolari risvolti dal punto di vista del funzionamento dell'effetto devolutivo, il quale, operando con riferimento al capo di sentenza oggetto di impugnazione, potrebbe in questo caso consentire al giudice d'appello di passare dall'esame di un certo motivo di illegittimità specificamente riproposto, all'esame di altro motivo equivalente al primo nel senso chiarito sopra, senza che a quest'ultimo fine sia necessaria un'apposita impugnazione.

Senonché, la stessa soluzione proposta da Nigro è stata osteggiata da altra parte della dottrina, la quale ha rimarcato che la valutazione del vantaggio che il ricorrente ritrarrebbe dalla pronuncia giurisdizionale (quale criterio al quale ancorare il concetto di capo di sentenza), in quanto valutazione soggettiva, non correlata a parametri obiettivi, sarebbe suscettibile di produrre una casistica giurisprudenziale estremamente diversificata.²⁶

contributi e i limiti della più recente giurisprudenza tendenti al superamento delle lacune normative in tema di appello incidentale nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1991, I, pp. 60 ss.; e ha ricevuto, più di recente, l'adesione di ROMANO TASSONE A., *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, III, pp. 803 ss., secondo cui «pur ammessa l'unicità della domanda di annullamento diretta avverso il medesimo provvedimento amministrativo, l'introduzione di un motivo il cui accoglimento porta ad effetti complessivi differenziati (quantitativamente e/o qualitativamente) rispetto a quelli derivanti dalle censure già proposte, assume la consistenza di un autonomo "capo di domanda"».

²⁵ NIGRO M., *op. ult. cit.*, pp. 421-423. In proposito, l'A. precisa che se talvolta l'annullamento giurisdizionale produce sull'Amministrazione un effetto vincolante *pieno* (perché ad esempio mancavano i presupposti soggettivi o oggettivi previsti dalla legge per l'esercizio del potere), talaltra l'effetto vincolante è di tipo *semipieno* (perché ad esempio il vizio che ha determinato l'annullamento cade su un elemento discrezionale dell'atto impugnato).

²⁶ Cfr. LEONE G., *Le impugnazioni nel processo amministrativo: profili generali*, cit., p. 231; ID., *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, Padova, 2006, p. 266. In senso analogo, POTOTSCHNIG U. –

Peraltro, da una lettura d'insieme del contributo di Nigro è dato riscontrare almeno un elemento di contraddizione, laddove in un primo tempo, trattando il tema delle modificazioni della domanda consentite o meno in appello, egli sembra ritenere che ad ogni vizio-motivo di illegittimità dedotto in giudizio corrisponda una particolare *causa petendi*, e di conseguenza una specifica domanda;²⁷ mentre in un secondo momento si sostiene che nell'ambito di uno stesso capo di sentenza – e del corrispondente capo di domanda – possano ricomprendersi più vizi-motivi,²⁸ così negando in radice il rapporto identitario tra singolo vizio di legittimità – *causa petendi* – capo di domanda.²⁹ In questo modo, invero, viene a manifestarsi un'antinomia tra la presupposta struttura della domanda e il corrispondente capo di sentenza.³⁰ Al contrario, per il principio di non contraddizione, deve ritenersi che se il capo di sentenza è inteso come pronuncia su più vizi-motivi equipollenti nel senso già chiarito in precedenza, e se il capo di sentenza viene fatto corrispondere al capo di domanda, allora la *causa petendi* di quest'ultima non può non ricomprendere, anch'essa, tutti quei vizi considerati, *quoad effectum*, tra loro equivalenti.

TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., pp. 169-170. Critico, sulla tesi proposta da Nigro, anche VILLATA R., *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 143 (nota 28).

²⁷ Cfr. NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, p. 302. È in questo senso che pare doversi interpretare il pensiero dell'A. quando ritiene che «il passaggio dall'una all'altra fattispecie (normativa, n.d.r.) non concreta [...] una mera variazione di *nomen juris*, ma l'affermazione di un diverso vizio-motivo», il quale, a sua volta, «produce il mutamento della *causa petendi*».

²⁸ NIGRO M., *op. ult. cit.*, p. 31, laddove si afferma che «i vari motivi appaiono come elementi dell'unica *causa petendi*», così lasciando trasparire una certa confusione sul ruolo giocato dai motivi di ricorso rispetto all'individuazione della *causa petendi* e del capo di domanda.

²⁹ A riguardo, anche POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 169, i quali segnalano, in questo modo, la difficoltà nel «definire la rilevanza dei motivi di ricorso, che da un lato vengono identificati con la *causa petendi*, dall'altro sono considerati elementi non autosufficienti, con il *petitum*, per l'individuazione della domanda e dei suoi riflessi sulla sentenza».

³⁰ Non a caso, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 425, consapevole di tale incongruenza, tenta di superarla ritenendo che «la temuta contraddizione si rivela inesistente se si considera che qui si ha riferimento non alla struttura della domanda ed all'oggetto del giudicato, ma alla dinamica del processo»; da ciò derivando la possibilità «che un elemento fondamentale della domanda e dell'oggetto del giudicato (come il motivo di ricorso, n.d.r.) acquisti in tale dinamica una funzione più modesta e meramente processuale».

2.1. (Segue): l'individuazione del capo di sentenza alla luce del fenomeno del giudicato interno e del concetto di soccombenza.

Ad ogni modo, a prescindere dai suddetti rilievi critici, è necessario osservare che se lo studio del concetto di capo di sentenza è condotto analizzando il solo contenuto del provvedimento giurisdizionale, senza considerare in alcun modo la disciplina delle impugnazioni e, segnatamente, quella dell'appello, può ben dirsi che tra le varie ricostruzioni passate in rassegna nessuna è più o meno legittima dell'altra.³¹ Ciò in quanto il concetto di capo di sentenza è di tipo essenzialmente relativo, potendo esso recare un significato diverso a seconda che si consideri il solo contenuto imperativo del provvedimento giurisdizionale ovvero anche i rispettivi presupposti cognitivi, vale a dire le singole tappe (c.d. questioni) del percorso logico seguito dal giudice per addivenire alla decisione della controversia.³² In tal senso, non è un caso che un'autorevole dottrina abbia rimarcato come il concetto di "parte" o "capo" di sentenza non assuma un significato univoco, potendo esso talvolta corrispondere in maniera piena ad una domanda, cioè alla pretesa fatta valere in giudizio, talaltra invece corrispondere ad una parte della domanda e a volte, infine, corrispondere alle singole questioni risolte nella sentenza.³³

Di converso, se la nozione di capo di sentenza viene definita in relazione alla disciplina dettata per il giudizio d'appello, è possibile restringere l'ambito dei significati con cui intendere il concetto in esame.

³¹ Si vedano, al riguardo, le osservazioni di CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 124, a detta del quale «tutte le soluzioni nella teorica del "capo" di sentenza sollecitano motivi di perplessità».

³² LIEBMAN E. T., *«Parte» o «capo» di sentenza*, cit., p. 49, secondo cui l'analisi della sentenza permette di distinguere il contenuto imperativo da quello logico «osservando l'atto da due diversi punti di vista, così come possono distinguersi l'esterno e l'interno di un corpo od oggetto qualsiasi». In senso analogo, MONTELEONE G., *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 727 ss., il quale osserva che ogni sentenza è suscettibile di scomposizione orizzontale ovvero verticale.

³³ Così, PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 463.

A tal proposito, segnatamente, occorre muovere dalla premessa per cui l'appello rappresenta il rimedio concesso ad una delle parti per reagire contro il pregiudizio (c.d. soccombenza) derivante da una sentenza sfavorevole, e che la mancata impugnazione di una parte (o capo) della sentenza ne determina il passaggio in giudicato (c.d. cosa giudicata in senso formale), così come stabilito dall'art. 329 c.p.c., norma pacificamente applicabile anche al processo amministrativo.³⁴ Se ciò è vero, per "parte" o "capo" di sentenza deve quindi intendersi quella frazione autonoma della pronuncia giudiziale idonea a determinare una situazione a sé stante di soccombenza, e suscettibile di passaggio in giudicato ove non puntualmente contestata. Trattasi di un rilievo che accomuna tutte le prospettazioni teoriche precedentemente esaminate³⁵ e sul quale v'è giurisprudenza consolidata.³⁶

La chiave di volta per la soluzione della *vexata quaestio*, concernente la definizione del concetto di capo di sentenza, sta dunque nell'individuazione di quell'unità minima della decisione giudiziale capace di acquistare forza di

³⁴ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2011, n. 5820: «Dal principio di cui all'art. 329 comma 2, c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, discende che risultano estranei al *thema decidendum* i capi della decisione non resi oggetto di specifica contestazione».

³⁵ In tal senso, difatti, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 404, intende per capo di sentenza «ogni frazione del contenuto imperativo di una sentenza del processo, frazione dotata di autonomia giuridica nel senso che è idonea a determinare una situazione a sé stante di soccombenza [...] e ad acquisire il carattere dell'immutabilità». LIEBMAN E. T., «Parte» o «capo» di sentenza, cit., p. 58: «La sentenza è perciò divisibile nei suoi capi e sono questi che possono formare oggetto d'impugnazione e viceversa d'acquiescenza e, se non sono impugnati validamente nel termine, acquistano l'immutabilità della cosa giudicata». CALAMANDREI P., *Appunti sulla reformatio in peius*, cit., p. 300, ritiene che possono considerarsi come capi di sentenza «quelle decisioni colle quali il giudice trae dalle premesse le ultime conclusioni, idonee e destinate ad acquistare forza di giudicato». A sua volta, CARNELUTTI F., *Capo di sentenza*, cit., p. 120, nel richiamare il pensiero di Calamandrei, osserva che «In questa frase c'è del buon germe», sebbene egli non manchi di precisare che «il giudicato non ha alcuna sede fissa; è dovunque il giudice abbia deciso», così ricomprendendo al suo interno finanche la soluzione delle questioni.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2016, n. 1158; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2007, n. 1229; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 191.

giudicato all'interno del processo (c.d. giudicato interno),³⁷ ossia di determinare una preclusione (endoprocessuale), rispetto ai successivi gradi di giudizio, ad un nuovo esame su una determinata frazione della lite;³⁸ fermo restando che la soluzione concreta per l'individuazione di un autonomo capo di sentenza non può che essere data caso per caso, avuto riguardo all'effettiva soccombenza e all'effettivo interesse a rimuoverla.

Ebbene, in via di prima approssimazione, stando alle osservazioni sviluppate da autorevole dottrina, è bene osservare che oggetto del giudicato interno possono essere non solo quelle statuizioni della sentenza con le quali il giudice abbia deciso sulla domanda avanzata da una delle parti, ma anche le statuizioni relative a mere questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, potenzialmente idonee a definire il giudizio.³⁹

³⁷ Sulla distinzione tra giudicato esterno e giudicato interno, cfr. PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 82-85; ID., *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, in *Foro it.*, 1986, I, pp. 3009 ss.; ID., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 413 ss.; LUIO F.P., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011, p. 152, laddove si osserva che secondo l'opinione dominante (ritenuta, peraltro, dall'A. non convincente) la distinzione tra giudicato esterno e giudicato interno rileva in ordine all'efficacia della sentenza al di fuori del processo in cui è stata emessa.

³⁸ FARES G., *Brevi notazioni sugli effetti del giudicato amministrativo di annullamento rispetto agli atti plurimi*, in *Foro amm. – Tar*, 2006, I, pp. 180 ss., il quale ricorda che il concetto di giudicato interno «pone un vincolo preclusivo solo rispetto alle fasi successive del medesimo giudizio nel quale si forma (irretrattabilità in fase di impugnazione), distinto dal giudicato esterno (che contrassegna le sentenze di merito), comportante viceversa un siffatto vincolo anche nei confronti di ulteriori e diverse liti, che eventualmente si instaurino fra le medesime parti e aventi ad oggetto la stessa questione già decisa».

³⁹ Così, PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 83, secondo cui «Il giudicato interno concerne tutte le questioni astrattamente idonee a definire il giudizio, di rito o di merito, rilevabili di ufficio o solo su istanza di parte, che possono insorgere nel corso del processo e che possono dare luogo a sentenze non definitive ovvero possono costituire oggetto di esame preliminare da parte della sentenza che definisce il giudizio (o, specie per le questioni di rito, da parte di sentenza non definitiva di merito)». In senso analogo, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 227: «le questioni, della cui sfavorevole soluzione l'appellante non si sia in alcun modo lamentato con i motivi di gravame, vengono definitivamente sottratte al riesame, in fatto e in diritto, del giudice e gli si impongono, perché ormai consolidate attraverso il meccanismo dell'art. 329, comma 2°»; GOBBI C., *Rapporti di durata, autonomi periodi impositivi e giudicato esterno*, in *Giur. merito*, 2007, IV, pp. 1187 ss..

In questo quadro, più precisamente, può dirsi che il giudicato interno concerne tutte le questioni affrontate dal giudice, che siano in grado di incidere direttamente ed autonomamente sul dispositivo della sentenza,⁴⁰ vale a dire le questioni che hanno ad oggetto un presupposto di fatto o di diritto (sostanziale o processuale) della tutela richiesta.⁴¹

L'argomento si presenta comunque spinoso. Non è un caso che all'interno della dottrina processualciviltistica, la quale più attentamente ha affrontato il problema in esame, si riscontrino posizioni diverse. Cfr., a riguardo, CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 64, il quale, rifacendosi all'impostazione chiovendiana, afferma che «l'espressione "capo di sentenza" ha solo lo specifico significato di individuare le pronunce passibili di giudicato sostanziale e divenire intangibili ove non impugnate e, così, solo avendo riguardo ad ipotesi di decisioni di merito su vere e proprie cause cumulate». Tuttavia, l'A. contraddice implicitamente l'anzidetta premessa teorica, nel momento in cui è costretto ad affermare la necessità di un appello incidentale laddove si intenda contrastare l'erronea soluzione di una questione (e non già di una domanda) in primo grado; ciò che accade nel caso in cui la parte risultata vittoriosa nel merito sia invece rimasta soccombente su un'eccezione espressamente rigettata in quella sede. In questo caso, si afferma testualmente (p. 196) che «L'appello incidentale appare quindi e nella sostanza necessario per contrastare un errore del primo giudice». Ebbene, ciò equivale a dire che l'appello incidentale si rende indispensabile per devolvere al giudice di secondo grado la cognizione su una questione già decisa, la quale sarebbe altrimenti soggetta alla preclusione del giudicato interno, che quindi si estende non solo alle domande, ma a tutte le soluzioni di questioni che rappresentano un antecedente logico-giuridico per la decisione della causa.

⁴⁰ POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., pp. 159 ss.. A tal riguardo, preme peraltro segnalare che l'efficacia vincolante attribuita alla decisione di una singola questione all'interno del processo, nei vari gradi in cui questo si articola, non ha nulla a che vedere con l'efficacia del giudicato sostanziale che la sentenza può conseguire ai sensi dell'art. 2909 c.c. Trattasi, infatti, di due diverse dimensioni di efficacia, laddove, come precisato da PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 81, «la nozione di giudicato interno è più ampia di quella di giudicato esterno», ricollegata, quest'ultima, alla cosa giudicata sostanziale di cui all'art. 2909 c.c.. Nel nostro caso – a prescindere dal dibattito su quali siano le statuizioni della sentenza in grado di dar luogo al giudicato sostanziale – si tratta solo di riconoscere un'efficacia vincolante, endoprocessuale, alla soluzione delle questioni attraverso cui il giudice è addivenuto alla decisione della domanda, non rilevando il diverso problema circa l'efficacia vincolante che la soluzione di quelle medesime questioni può avere in altro e diverso processo tra le stesse parti.

⁴¹ Per un maggiore approfondimento sulla nozione di "questione" accolta nel testo, si rinvia a POLI R., *Oscillazioni della Suprema Corte in tema di limiti oggettivi del giudicato interno*, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 2066 ss., disponibile in www.iudicium.it, laddove l'A., con specifico riguardo ai presupposti di fatto, ritiene che per isolare un'autonoma parte di sentenza debbano ricorrere contestualmente le seguenti condizioni: «a) la presenza di una decisione, nel senso di asserzione di esistenza/inesistenza del fatto

L'impostazione in parola finisce, del resto, per convalidare l'insegnamento di Carnelutti, il quale, già a suo tempo, sagacemente ammoniva che «*il giudicato non ha alcuna sede fissa; è dovunque il giudice abbia deciso*»,⁴² e man mano che esso risolve questioni per la composizione di una lite, fa proprio ciò che può costituire da solo il contenuto di una sentenza. La lite, infatti, esiste in quanto le parti controvertano su una o più questioni relative a presupposti di fatto o di diritto della pretesa azionata in giudizio; e il giudice, nel comporre la lite, risolve, per l'appunto, le questioni che la alimentano e che sono in grado di incidere sul dispositivo della sentenza.⁴³

Ora, se la decisione di una singola questione è idonea a conseguire un'efficacia imperativa (almeno) endoprocedurale, in quanto coperta dal giudicato interno, resta altresì spiegato l'onere, per la parte che ha interesse ad impugnare, di censurare specificamente le "singole decisioni" di quelle singole questioni che ne hanno determinato la *soccombenza* in primo grado, formandosi altrimenti su di esse il giudicato interno, per acquiescenza parziale ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c..⁴⁴

sul quale è stato svolto l'accertamento; b) l'autonomia di tale decisione nel contesto della sentenza rispetto ad altre decisioni, nel senso che la stessa si fonda su valutazioni, di fatto (e/o di diritto), almeno parzialmente distinte ed autonome rispetto a quelle poste a fondamento delle altre decisioni eventualmente presenti in sentenza; c) la decisività di tale decisione, ovvero la sua idoneità, se modificata in sede d'impugnazione, a determinare una definizione della controversia, nel dispositivo, diversa da quella adottata in primo grado». È in presenza di tali caratteri che l'accertamento del giudice ha un'efficacia imperativa endoprocedurale, cioè rappresenta un punto fermo nell'*iter* verso la decisione della lite, che non può essere valutato diversamente dal giudice dell'impugnazione in mancanza di un'espressa censura della parte appellante.

⁴² CARNELUTTI F., *Capo di sentenza*, cit., p. 120.

⁴³ CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, parte 3, Padova, 1926, p. 276.

⁴⁴ POLI R., *Oscillazioni della Suprema Corte in tema di limiti oggettivi del giudicato interno*, cit.. Questo modo di intendere il capo di sentenza, quale decisione su ogni singola questione, presenta inoltre una particolare coerenza teorica-sistematica per quanto riguarda l'individuazione delle unità elementari in cui si scompongono, rispettivamente, la sentenza definitiva e la sentenza non definitiva. Invero, in dottrina si è manifestata l'opinione secondo cui il concetto di capo di sentenza non sarebbe uniforme, ma dipenderebbe essenzialmente dal carattere definitivo o non definitivo della pronuncia considerata. In tal senso, PAEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 392, secondo cui, in particolare, la decisione su questioni pregiudiziali o preliminari potrebbe assurgere a capo di sentenza

Non si nasconde, del resto, che la stessa definizione del concetto di soccombenza, a sua volta decisivo per individuare le parti di sentenza da sottoporre a specifica impugnazione, costituisce fertile argomento di diatriba, non foss'altro per l'assenza di una nozione esplicita sul piano legislativo. Tant'è, che proprio muovendo dall'analisi di tale concetto, parte della dottrina ha tratto argomenti utili a teorizzare la corrispondenza tra capo di domanda e capo di sentenza.⁴⁵ In specie, il ragionamento condotto da tale dottrina può brevemente riassumersi nei termini che seguono: l'impugnazione costituisce il rimedio con cui la parte può reagire contro il pregiudizio creato da una sentenza sfavorevole; il pregiudizio che si intende rimuovere attraverso l'impugnazione consiste nella soccombenza, la quale «è lesione di interesse e perciò reiezione di una domanda, non soltanto decisione sfavorevole di una questione».⁴⁶ Di conseguenza, dovendo procedersi alla scomposizione della sentenza nelle sue unità elementari (c.d. capi), dovrà aversi riguardo alle sole statuizioni di essa che abbiano deciso sulla singola domanda.

Ora, va in primo luogo segnalato che il ragionamento in parola, secondo cui non potrebbe esservi soccombenza se non in relazione ad un capo di domanda, mal si attaglia all'ipotesi di una sentenza non definitiva su questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, la quale, risolvendo in senso sfavorevole ad una delle parti una delle predette questioni, è immediatamente impugnabile in quanto fonte di autonomo pregiudizio.⁴⁷ Com'è evidente, si è qui

solo in quanto contenuta in una sentenza non definitiva che abbia risolto quelle questioni in maniera tale da non definire il giudizio. Si tratta tuttavia di un'impostazione di tipo relativistico che lascia perplessi, giacché se per capo di sentenza si intende l'unità elementare o minima in cui la decisione giudiziale si lascia scomporre, non si comprende perché quell'unità assuma dimensioni diverse a seconda della natura definitiva o non definitiva di una pronuncia, così attribuendo un doppio valore semantico al medesimo concetto. Al contrario, come osservato da RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., pp. 117 ss., è proprio considerando il fenomeno delle sentenze non definitive su questioni pregiudiziali o preliminari, che possono trarsi argomenti a sostegno della tesi che intende il capo di sentenza come decisione di questione.

⁴⁵ Si fa riferimento a LIEBMAN E. T., *«Parte» o «capo» di sentenza*, cit., pp. 56-58.

⁴⁶ LIEBMAN E. T., *op. ult. cit.*, p. 57.

⁴⁷ Per tali rilievi, CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., pp. 124 ss., ove l'A. segnala che l'identificazione del capo di sentenza con il capo di domanda non spiega il

dinanzi ad un caso che non può essere ricompreso nell'anzidetta nozione di soccombenza, strettamente correlata al rigetto della propria domanda ovvero all'accoglimento di quella avversaria.

Ma, a prescindere dal riferimento all'ipotesi delle sentenze non definitive su questioni, nell'impostazione di cui si va discorrendo v'è un errore di fondo, proprio per quanto concerne la definizione del concetto di soccombenza, la quale viene apprezzata con lo sguardo rivolto unicamente "al passato", avendo riguardo solo alla mancata coincidenza tra la richiesta di tutela avanzata dalla parte in giudizio ed il contenuto della decisione che quella tutela abbia accordato o meno.⁴⁸

Tuttavia, come pacificamente riconosciuto dagli studiosi del diritto processuale, il fenomeno della soccombenza si presta a molteplici graduazioni quantitative e qualitative, tant'è che accanto alle ipotesi di soccombenza totale si danno casi di soccombenza reciproca o parziale, e casi di soccombenza teorica o virtuale, quest'ultima costituendo la ragion d'essere delle impugnazioni incidentali c.d. proprie.⁴⁹ Cosicché, facendo riferimento all'ultima delle ipotesi considerate (c.d. soccombenza virtuale), la parte resistente in primo grado che abbia ottenuto il rigetto dell'altrui ricorso nel merito, non dovrebbe, ovviamente, avere interesse ad appellare, quand'anche il giudice di prime cure abbia risolto, in senso ad essa sfavorevole, una o più questioni pregiudiziali o preliminari, giacché il pregiudizio da essa subito in tal caso non sarebbe materiale ma di tipo

fenomeno dell'impugnazione delle sentenze parziali. In specie, «la teoria del "capo" di domanda si rivela inidonea a ricomprendere tutte le ipotesi in cui è data impugnazione contro una sentenza [...]». Se, quindi, l'art. 329 può applicarsi anche alle pronunce su questioni, appare evidente che le "parti della sentenza" indicate da tale disposizione non si esauriscono alle sole statuizioni su un "capo" di domanda».

⁴⁸ Ciò che d'altra parte ha rappresentato per lungo tempo la nozione comune di soccombenza, come segnalato da SANTINI C., *La legittimazione e l'interesse (soccombenza)*, in *Le impugnazioni civili*, a cura di LUISO F. P. – VACCARELLA R., *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 55.

⁴⁹ Per un approfondimento sul tema si rinvia a CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., pp. 42 ss.. In tema, anche GUACCI C., *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, Milano, 2013, pp. 80 ss.; SCOCA S.S., *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, cit., pp. 462-467.

puramente virtuale o teorico.⁵⁰ V'è tuttavia da considerare che nel momento in cui la parte soccombente in senso materiale propone appello avverso la sentenza di primo grado, il pregiudizio virtuale - di cui s'è detto poc'anzi - si attualizza, giacché l'appello proposto *ex adverso* rende incerta la vittoria nel merito e fa sorgere, anche in capo alla parte praticamente vittoriosa, un interesse all'impugnazione - in via incidentale - della sentenza,⁵¹ limitatamente alle questioni risolte in senso ad essa sfavorevole, la cui diversa soluzione può influire sull'esito del giudizio d'appello.⁵²

In buona sostanza, all'esito di quanto finora osservato, tenuto conto che la soluzione di questione è, da un lato, soggetta al vincolo del giudicato interno, e dall'altro, capace di dar luogo anch'essa ad una situazione di soccombenza, non sembrano residuare valide obiezioni alla tesi che fa coincidere il capo di sentenza con la statuizione su questione.

La tesi qui sostenuta è peraltro condivisa anche dall'attuale giurisprudenza amministrativa, stando alla quale, al Consiglio di Stato è preclusa la rivalutazione di questioni, decise in prime cure, che non abbiano costituito oggetto di specifica

⁵⁰ Sulla distinzione tra soccombenza materiale e soccombenza teorica, si rinvia a SANTINI C., *op. ult. cit.*, pp. 58 ss.;

⁵¹ A riguardo, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2014, n. 1816; sez. III, 21 luglio 2015, n. 3604. In dottrina, ad onor del vero, si discute su quale sia, in questo caso, il momento preciso in cui viene in essere l'interesse all'impugnazione. Un primo orientamento ritiene che il pregiudizio virtuale insito nella soccombenza su questione si attualizzi allorché sia proposta l'impugnazione principale. È quanto sostenuto, tra gli altri, da LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 441. Altro orientamento, per contro, sostiene che l'interesse ad impugnare sorga qualora il gravame principale sia ritenuto fondato dal giudice dell'impugnazione, con la conseguenza che l'interesse all'impugnazione sorgerebbe dopo la sua stessa proposizione. In tal senso, RUSCIANO S., *Il ricorso incidentale della parte vittoriosa nel merito è condizionato de iure*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 3047.

⁵² Sotto questo profilo, il concetto di soccombenza risulta ulteriormente definito alla luce dell'interesse ad impugnare che, per quanto appena detto, può attualizzarsi anche in un momento successivo a quello dell'emanazione della sentenza, avuto riguardo al risultato cui tende la parte attraverso l'impugnazione. In tale prospettiva trova conferma l'intuizione avanzata in passato da PROVINCIALI R., *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, p. 146, circa il superamento del concetto tradizionale di soccombenza.

impugnazione.⁵³ Ciò vale, in particolare, per le statuizioni su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, le quali, potendo assurgere ad autonomi capi di sentenza, non possono formare oggetto di un nuovo giudizio da parte del giudice di secondo grado se non espressamente impugnate.⁵⁴ Ma vale, più in generale, per ogni questione che abbia ad oggetto un autonomo presupposto di fatto o di diritto (sostanziale o processuale) della tutela richiesta, in grado di incidere sul dispositivo della decisione impugnata.⁵⁵

Così, ad esempio, a fronte di un'azione di condanna ad un *facere* provvedimentale, esercitata contestualmente ad un'azione di annullamento di un provvedimento di diniego, secondo quanto previsto dall'art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a., le parti potranno discutere sulla sussistenza, in capo al ricorrente, dei requisiti soggettivi per ottenere il provvedimento richiesto; sull'avvenuto esaurimento dei margini di discrezionalità amministrativa; ovvero sulla necessità di effettuare ulteriori adempimenti istruttori rimessi alla P.A.. Trattasi, in ogni caso, di questioni ascrivibili all'interno di una stessa domanda, volta ad ottenere la condanna dell'Amministrazione all'emanazione di un provvedimento favorevole. Questioni, tuttavia, che riposano su diversi presupposti di fatto e di diritto, suscettibili di costituire oggetto di valutazioni distinte ed autonome

⁵³ Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6370: «in ossequio ai generali principi processuali in tema di impugnazione, [...] nel giudizio d'appello la cognizione del giudice resta circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante». In senso conforme, Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5650. Con specifico riguardo alle questioni di rito decise in prime cure e, in particolare, alla questione di ammissibilità del ricorso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2011, n. 4101: «A fronte dell'espressa statuizione di rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, sollevata dall'originaria controinteressata, quest'ultima è onerata di proporre un vero e proprio appello incidentale avverso tale capo della sentenza, essendo insufficiente la mera riproposizione dell'eccezione nella memoria di costituzione, sicché la statuizione in esame deve ritenersi coperta da giudicato endoprocessuale».

⁵⁴ Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6424.

⁵⁵ In tal senso sembra appunto deporre il Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2008, n. 4533, quando rileva che «l'acquiescenza [parziale, n.d.r.] può verificarsi solo con riferimento ai capi della sentenza completamente autonomi, in quanto concernenti questioni del tutto indipendenti da quelle investite dal motivo di gravame, perché fondate su autonomi presupposti di fatto e di diritto, tali da consentire che ciascun capo conservi l'efficacia precettiva anche se gli altri vengano meno (Cfr. Cass. sez. 1°, 7 gennaio 2008 n. 33 e precedenti ivi indicati)».

all'interno del processo, e che possono incidere direttamente sulla decisione della lite. In quanto tali, per quanto già detto in precedenza, sulle decisioni di quelle questioni può formarsi un giudicato interno, ed aversi un'acquiescenza parziale laddove non censurate specificamente con i motivi d'appello.

Si ritiene, pertanto, che in presenza di un atto d'appello, caratterizzato da una serie di motivi di critica e tuttavia privo di altre possibili censure relativamente ad una o più delle questioni trattate e risolte dalla sentenza impugnata, la *cognitio causae* del giudice di secondo grado ne risulti corrispondentemente delimitata.⁵⁶

Se ciò è vero, anche per la giurisprudenza, ai fini dell'appello e del relativo effetto devolutivo, il capo di sentenza si risolve nella decisione su ogni singola questione sollevata dalle parti ovvero rilevata d'ufficio dal giudice di prime cure. Di conseguenza, l'effetto devolutivo, inteso come automatica riemersione in appello del materiale di causa introdotto in primo grado, opera entro spazi estremamente ridotti, comportando la sola possibilità, per il giudice del gravame, di conoscere degli argomenti di fatto e di diritto esposti dalle parti in primo grado ovvero considerati dal giudice in ordine ad una certa questione ivi decisa, e riproposta in sede d'appello attraverso gli specifici motivi di impugnazione diretti contro il capo di sentenza che quella questione abbia deciso.⁵⁷ Tuttavia, la stessa giurisprudenza non sembra tenere debitamente conto di quanto appena rilevato, ogniqualvolta propone riferimenti all'efficacia devolutiva dell'appello,

⁵⁶ A riguardo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3346, il quale – sebbene con un lessico non del tutto chiaro, nella parte in cui confonde impropriamente le decisioni su questioni con le mere argomentazioni – afferma che «nel processo amministrativo, quando la sentenza appellata si fonda su una pluralità di argomentazioni, ciascuna delle quali di per sé idonea a sostenerla, perché fondata su specifici presupposti logico-giuridici, è necessario, ai fini dell'ammissibilità del gravame, che tutte siano fatte oggetto di puntuale critica».

⁵⁷ A riguardo, una recente dottrina ha parlato di un meccanismo di devoluzione indotta o condizionata, piuttosto che di devoluzione automatica. In tal senso, PERONGINI S., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, cit., pp. 181 ss.; ID., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 865 ss..

ricorrendo a formule di stile che non trovano riscontro nel concreto atteggiarsi del giudizio di secondo grado.⁵⁸

È bene peraltro osservare che il modello del giudizio d'appello a cognizione limitata alle questioni sollevate dalle parti con gli specifici motivi di impugnazione risulta in linea anche con i canoni del giusto processo, laddove: da un lato, valorizza l'attività decisoria del giudice di primo grado, che conserva un'efficacia endoprocessuale in mancanza di specifiche censure sollevate dalla parte soccombente;⁵⁹ e dall'altro, vengono adeguatamente soddisfatte le esigenze di un sollecito ed ordinato svolgimento del giudizio di secondo grado, a tutto vantaggio dell'economia processuale, posto che un riesame generalizzato della controversia si tradurrebbe in un inutile dispendio di risorse.⁶⁰

Ad ogni modo, il fatto che il giudice superiore sia chiamato a svolgere la propria attività di riesame entro i soli limiti segnati dalle questioni riproposte in sede di gravame non fa del giudizio d'appello un giudizio di legittimità. Resta ferma, infatti, la possibilità del giudice di secondo grado di accedere al fatto controverso e di valutarlo diversamente rispetto al giudice di prime cure, sebbene l'accesso al fatto avvenga nei limiti delle questioni sollevate tramite le specifiche censure contenute nel ricorso d'appello. Detto altrimenti, non si nega che il Consiglio di Stato abbia poteri di cognizione e ricostruzione del fatto controverso ma, per quanto dimostrato finora, considerazioni logiche e sistematiche, nonché specifiche disposizioni normative, portano a ritenere che

⁵⁸ Si danno, a riguardo, numerose pronunce in cui si fa riferimento alla portata devolutiva dell'appello amministrativo. Trattasi, tuttavia, di sentenze che intendono l'effetto devolutivo non in senso specifico, come automatica riemersione in appello del materiale di causa introdotto in primo grado, bensì in senso generico, come capacità del giudice di secondo grado di esercitare la *cognitio causae*. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4225, in cui si afferma che «In base al principio di effetto devolutivo dell'appello, è rimessa al giudice di secondo grado la completa cognizione del rapporto controverso».

⁵⁹ In proposito, d'altra parte, già NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, cit., p. 288, aveva ritenuto che, nel giudizio d'appello, i profili impugnatori possono concorrere a far risaltare l'apporto del giudice di primo grado.

⁶⁰ Sul punto, anche PERONGINI S., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 879; RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 108.

l'esercizio di quei poteri in appello si atteggi in maniera diversa rispetto a quanto accade in primo grado.

D'altra parte, mette conto segnalare che la circostanza per cui il giudice di secondo grado conosce della controversia solo a fronte degli specifici motivi d'appello, rappresentando questi ultimi il veicolo per riproporre le questioni già decise in primo grado, conduce lo stesso giudice ad effettuare un riesame critico della decisione impugnata. Ciò che fonda il convincimento secondo cui la decisione resa in appello presenta minori probabilità di errore rispetto a quella pronunciata in primo grado, proprio perché il giudice superiore si giova dell'esperienza del precedente grado di giudizio.

3. Struttura della *cognitio causae* nel giudizio di secondo grado.

Alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, può ritenersi che, sebbene l'ambito della devoluzione sia ristretto entro gli angusti spazi definiti dal c.d. capo di questione, la cognizione del giudice di secondo grado, rispetto alle questioni espressamente ripropostegli, non è limitata ai soli argomenti specificamente introdotti dalle parti in sede di gravame con i motivi di impugnazione. Invero, come già detto, in relazione a ciascun capo di sentenza avverso il quale si dirige l'appello, l'effetto devolutivo determina la riemersione in sede di gravame degli argomenti di fatto o di diritto introdotti in primo grado ed emergenti dagli atti del processo; argomenti su cui il giudice superiore può fondare il proprio convincimento quand'anche non espressamente riproposti dalle parti nel nuovo grado di giudizio.

In quest'ottica, l'onere per l'appellante di identificare le questioni da sottoporre a riesame, con il contestuale sviluppo di un ordito argomentativo teso ad indicare le ragioni di dissenso rispetto alla decisione assunta in primo grado, non comporta che il giudice d'appello si trovi dinanzi alla secca alternativa tra il riformare la sentenza, in piena adesione alle argomentazioni svolte dall'appellante, e il rigettare il gravame, confermando *in toto* la statuizione impugnata. Ne consegue che il giudice d'appello che ponga a fondamento della

propria decisione argomenti diversi da quelli prospettati dalle parti nel giudizio di gravame, e tuttavia risultanti dagli atti del giudizio di primo grado, non viola alcun giudicato interno, potendo questo formarsi in relazione al "*petitum*" e alla "*causa petendi*" (cioè ai presupposti di fatto e di diritto della pretesa azionata), ma non in relazione alla "*ratio decidendi*",⁶¹ ossia riguardo alle ragioni logico-giuridiche che stanno a fondamento della decisione di una singola questione.

Del resto, l'affermazione secondo cui, in sede d'appello, il giudice può fare riferimento ad argomenti diversi da quelli espressamente riproposti nell'atto di impugnazione non deve sorprendere, e può riuscire spiegata una volta posto l'accento sulla (pur delicata) distinzione che intercorre tra i motivi di gravame e le argomentazioni poste alla loro base.

Segnatamente, per quanto già detto nel Cap. II, par. 6, si ricorda che il motivo di gravame consiste nella specificazione degli *errores in iudicando* o *in procedendo* commessi dal giudice di primo grado⁶² o, se si preferisce, nell'individuazione delle questioni di fatto e di diritto da esso erroneamente risolte.⁶³ È in tal senso che i motivi d'appello delimitano l'ambito della lite da devolvere alla cognizione del giudice superiore. Di converso, le argomentazioni sviluppate all'interno di ciascun motivo consistono nelle ragioni logico-giuridiche addotte dall'appellante per dimostrare l'esistenza dell'errore di cui si tratta.⁶⁴

⁶¹ In questi termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2000, n. 2424.

⁶² In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, 17 giugno 2014, n. 3088, secondo cui, nell'atto d'appello, «le censure in esso contenute devono investire puntualmente il *decisum* di primo grado e, in particolare, precisare i motivi per i quali la decisione impugnata sarebbe erronea e da riformare».

⁶³ Nel senso che la segnalazione degli errori commessi in primo grado è strumentale all'individuazione delle questioni di cui l'appellante chiede il riesame, cfr. RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., pp. 224-225: «l'appellante deve anche, attraverso i motivi, segnalare gli errori, in fatto e in diritto, contenuti nella motivazione della decisione impugnata, individuando per questa via le questioni, che ritiene malamente risolte».

⁶⁴ Si consideri, ad esempio, una sentenza di primo grado che abbia annullato un permesso di costruire relativo ad un certo intervento edilizio, avendo il giudice ritenuto che non si fosse in presenza di un mero intervento di ristrutturazione ma di una demolizione e nuova ricostruzione dell'immobile, configurante un'edificazione *ex novo*, come tale non consentita in base ai particolari vincoli previsti dalla legge regionale contenente il "Piano urbanistico territoriale", applicabile nella zona interessata da detto intervento. In sede d'appello, il motivo di impugnazione potrà consistere

Sulla base di tale premessa, può ritenersi che, se da un lato l'effetto devolutivo dell'appello preclude al giudice del gravame di estendere la *cognitio causae* a questioni che non siano comprese nel *thema decidendum* così come definito dai motivi di impugnazione; dall'altro, lo stesso effetto non esclude che il giudice superiore, senza violare il principio del *tantum devolutum quantum appellatum*, possa fondare la propria decisione su ragioni logico-giuridiche non sviluppate all'interno dello specifico motivo d'appello ma comunque emerse nel precedente grado di giudizio.⁶⁵

Ad ogni modo, è bene ribadire che, nell'ambito della questione di fatto o di diritto riproposta in appello, la cognizione, da parte del giudice di secondo grado, degli argomenti ad essa relativi, risultanti dagli atti del processo di prime cure, postula pur sempre la denuncia di un errore commesso dal giudice *a quo* nel decidere della questione medesima. È solo la denuncia dell'errore a rendere

nella denuncia di un *error in iudicando* per violazione o falsa applicazione delle prescrizioni contenute nel Piano urbanistico territoriale, mentre le argomentazioni sviluppate all'interno del motivo potranno far leva sul fatto che: a) i vincoli previsti dal Piano urbanistico, che vietano nuove edificazioni, non sono applicabili nella zona in cui ricade l'intervento edilizio richiesto; b) non configurano nuove edificazioni, ma mere ristrutturazioni, quegli interventi che, pur comportando la demolizione e successiva ricostruzione di un immobile, vengano realizzati rispettando l'originaria volumetria dell'immobile da ricostruire.

Sulla distinzione tra motivi di impugnazione e argomenti o ragioni, cfr. POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., pp. 439-442 e 493 ss., al quale si rinvia anche per l'esposizione della tesi che ritiene il giudice d'appello non vincolato agli argomenti prospettati dalle parti; CONVERSO A., *Il giudizio d'appello*, in www.csm.it, pp. 6-7, il quale pone in risalto la delicatezza della distinzione in esame, «agevole sul piano astratto, sempre difficile in concreto».

⁶⁵ Cfr., a riguardo, Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4773: «L'effetto devolutivo dell'appello entro i limiti dei motivi d'impugnazione preclude al giudice del gravame esclusivamente di estendere le sue statuizioni a punti [*questioni*, n.d.r.] che non siano compresi, neanche implicitamente, nel tema del dibattito esposto nei motivi d'impugnazione; non viola invece il principio del *tantum devolutum quantum appellatum* il giudice di appello che fondi la decisione su ragioni che, pur non specificamente fatte valere dall'appellante, tuttavia appaiano, nell'ambito della censura proposta, in rapporto di diretta connessione con quelle espressamente dedotte nei motivi stessi, costituendone necessario antecedente logico e giuridico; nel giudizio d'appello, infatti, il giudice può riesaminare l'intera vicenda nel complesso dei suoi aspetti, purché tale indagine non travalichi i confini della richiesta». In senso conforme, Con Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4777; sez. V, 10 settembre 2012, n. 4773; sez. IV, 3 settembre 2001, n. 4631.

possibile la riemersione, in appello, del materiale di causa introdotto in primo grado.

A questo punto, per meglio definire le modalità attraverso le quali si esercita, in concreto, la *cognitio causae* nel giudizio d'appello, si impongono una serie di precisazioni.

La prima attiene al caso in cui l'appellante abbia censurato l'errato accertamento, in primo grado, di una situazione di fatto (c.d. *quaestio facti*) posta a fondamento della pretesa azionata in giudizio. Nella fattispecie in oggetto, se all'esito dell'attività di riesame quella situazione si presenta in modo diverso da come accertata in prime cure, il giudice di secondo grado sarà chiamato a rivalutare, contestualmente, anche la qualificazione giuridica del fatto ovvero gli effetti giuridici che da esso derivano. Ciò, tuttavia, non contraddice alla tesi per cui l'effetto devolutivo opera nei soli limiti del capo di sentenza, inteso come soluzione di questione, poiché la qualificazione giuridica di un fatto controverso (c.d. sussunzione), e l'accertamento degli effetti giuridici che quel fatto produce nell'ordinamento, costituiscono attività cui il giudice è in ogni caso tenuto proprio in ragione del potere di *ius dicere* ad esso riconosciuto, e non hanno nulla a che vedere con l'automatica riemersione in appello del materiale di causa introdotto in prime cure.

La seconda precisazione attiene al caso in cui l'appellante abbia riproposto, nel nuovo grado di giudizio, una o più questioni di diritto poste alla base del *decisum* di primo grado, censurando ad esempio l'errata qualificazione giuridica della fattispecie dedotta in giudizio, ovvero ritenendo che altri fossero gli effetti giuridici da ricondurre al fatto siccome accertato dal giudice *a quo*. Il problema che si pone, nel caso di specie, è quello di verificare se il giudice dell'impugnazione, nell'accertare la fondatezza dei motivi d'appello, possa considerare parametri normativi diversi da quelli invocati dalle parti.

A tal proposito è necessario premettere che nel processo civile si ritiene pacificamente che il giudice d'appello, chiamato a riesaminare una questione di diritto devolutagli dalle parti, può riformulare il giudizio, considerando profili (*rectius*: argomenti) di diritto non emersi in primo grado e men che meno prospettati attraverso gli specifici motivi d'appello, fermi restando gli

accertamenti di fatto contenuti nella sentenza appellata, i quali, ove non censurati, sono coperti dal giudicato interno trattandosi di autonome questioni.⁶⁶ Del resto, si afferma, posto che spetta al giudice il potere-dovere di conoscere e determinare le norme applicabili alla fattispecie controversa, senza vincoli o limitazioni di sorta scaturenti dalle indicazioni delle parti – fermo, lo si ribadisce, soltanto il rispetto dei fatti materiali posti a fondamento della domanda - non potrebbe dirsi che travalichi i confini della richiesta fatta dall'appellante una statuizione del giudice d'appello che, nel decidere sulla fondatezza di un motivo di gravame, faccia riferimento a norme diverse da quelle evocate negli atti di parte. In questi casi, infatti, il principio *iura novit curia* fa salva la possibilità per il giudice di applicare alla fattispecie controversa (*rectius*: alla frazione della lite individuata dalle questioni riproposte in appello) norme e principi di diritto anche diversi da quelli espressamente richiamati *ex actis*.⁶⁷

Definita in questi termini la struttura del riesame nell'appello civile, non sembrano porsi particolari problemi quanto al rispetto del principio dispositivo che informa anche il giudizio di secondo grado. Difatti, da un lato grava pur sempre in capo all'appellante l'onere di specificare la questione di cui si chiede il riesame; dall'altro, il potere del giudice del gravame di ricorrere ad argomenti di

⁶⁶ Sul punto, peraltro, non si condivide del tutto l'impostazione patrocinata da RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 230, a parere del quale «la ricostruzione del fatto e l'applicazione della legge non costituiscono due distinte sottoparti, riconducibili alla previsione dell'art. 329, comma 2°, ed in grado perciò di passare separatamente in giudicato», di guisa che «il riesame delle questioni riaperte con i motivi non può che essere pieno ed integrale, investendo ogni aspetto di fatto e di diritto». Invero, se si accoglie la nozione di "questione" proposta nel testo, intesa come presupposto di fatto o di diritto della pretesa azionata, è chiaro che sulla *quaestio facti* accertata dalla sentenza di primo grado e non contestata dall'appellante si forma un giudicato interno, che a sua volta preclude il riesame di quella questione in appello.

⁶⁷ In tal senso si esprime pacificamente la giurisprudenza di legittimità. Cfr., *ex multis*, Corte Cass., 31 luglio 2015, n. 16213: «La diversa qualificazione giuridica del rapporto controverso da parte del giudice d'appello rispetto a quanto ritenuto dal giudice di primo grado non costituisce vizio di extra petizione, rientrando tale potere-dovere nelle attribuzioni del giudice dell'impugnazione, senza necessità, quindi, di specifica impugnazione o doglianza di parte, purché egli operi nell'ambito delle questioni riproposte con il gravame e lasci inalterati il "*petitum*" e la "*causa petendi*", non introducendo nel tema controverso nuovi elementi di fatto».

diritto diversi da quelli espressamente introdotti in giudizio trova adeguata giustificazione nel principio *iura novit curia*, valido in ogni fase e grado del procedimento giurisdizionale.⁶⁸

Senonché, tali affermazioni di principio, della cui validità non si dubita generalmente neppure nel processo amministrativo,⁶⁹ vanno cionondimeno calate nel particolare contesto di tale processo, rispetto al quale, almeno in un caso, il riferimento del giudice ad un parametro normativo diverso da quello invocato dalle parti, in primo grado e in appello, può suscitare perplessità.

Si fa riferimento, in particolare, all'accertamento del vizio-motivo di violazione di legge dedotto in prime cure, e riproposto eventualmente in appello attraverso una specifica doglianza che censuri l'errore del primo giudice nell'accertare il vizio in esame. In questo caso la dottrina ha ritenuto che il giudice non possa sostituirsi al ricorrente o all'appellante nell'individuare la violazione – da parte dell'autorità amministrativa – di norme diverse da quelle espressamente richiamate con l'atto di parte,⁷⁰ venendo in rilievo un «giudizio di

⁶⁸ Cfr. CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, voce in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, § 18, ora in *Digesto online*, che chiarisce come, nel brocardo *iura novit curia*, «il conoscere significa [...] evidentemente possibilità di tener conto del dato normativo anche al di fuori (o contro) la iniziativa, la invocazione o, comunque, le prese di posizione delle parti quanto alle norme e qualificazioni tipologiche giuridiche confacenti ed applicabili alla specie».

⁶⁹ In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2012, n. 2057, il quale, nel respingere un ricorso d'appello, ha considerato argomenti di diritto non richiamati dal giudice di primo grado, sul presupposto che «l'effetto devolutivo dell'appello rimette al giudice superiore la completa cognizione del rapporto controverso, con ogni effetto sulla sua qualificazione giuridica e, segnatamente, in ordine alla verifica di ogni requisito e presupposto che possa assumere rilievo ai fini della fondatezza della domanda». Sul punto, anche Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6114: «Il giudice, nell'offrire risposta alle richieste sottoposte alla sua attenzione, non può andare oltre rispetto ai fatti che le parti introducono nel giudizio, ma può e deve procedere ad una loro corretta qualificazione giuridica in omaggio al principio statuito dall'art. 113 c.p.c.».

⁷⁰ Cfr. CHITI M. P., *L'introduzione del giudizio*, in *Corso di diritto amministrativo*, VII, diretto da CASSESE S., Milano, 2013, p. 138. Dello stesso avviso anche TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 243. *Contra*, in posizione minoritaria, CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit., p. 104, secondo cui «Nella ipotesi onnicomprensiva e residuale della "violazione di legge" sarà sempre il giudice a desumere dalla enunciazione del fatto la norma, che, nel caso di specie, non ha trovato applicazione». Ciò, secondo l'A., consentirebbe allo stesso giudice di

difformità molto rigido, ancorato al parametro normativo, alla minuta prescrizione legislativa». ⁷¹ In tal senso, si è altresì precisato che il riferimento ad un'altra norma giuridica condurrebbe il giudice a pronunciare *extrapetita*, in relazione ad un motivo di ricorso diverso da quello prospettato, atteso che, nella fattispecie in esame, la norma richiamata dal ricorrente andrebbe intesa alla stregua di un elemento identificativo e caratterizzante del vizio-motivo. ⁷²

Si tratta di affermazioni tutto sommato condivisibili, le quali possono riuscire spiegate a patto che si affronti la questione da una prospettiva teorica più generale. Invero, com'è noto, nel processo amministrativo i fatti lesivi allegati dalle parti in giudizio sono espressione di un potere che si ritiene esercitato *iniure*, e dunque, non possono essere conosciuti atomisticamente dal giudice, ma vanno considerati, da questo, nella loro specifica difformità dalla fattispecie normativa espressamente richiamata dalle parti ed asseritamente violata dall'Amministrazione. In tale contesto, è evidente che la particolare natura del processo amministrativo, ove il giudice è chiamato ad accertare la legittimità dell'esercizio del potere in relazione alla pretesa sostanziale vantata dal ricorrente, porta a valutare con estrema attenzione alcuni aspetti che nel processo civile caratterizzano pacificamente l'attività di cognizione svolta

prescindere dallo specifico riferimento normativo operato dal ricorrente (o dall'appellante) per sindacare la fondatezza del denunciato vizio di violazione di legge, senza che in tal modo abbia a configurarsi un'ipotesi di *extrapetizione*.

⁷¹ POLICE A., *Annullabilità e annullamento*, voce in *Enc. dir.*, vol. I Annali, Milano, 2007, p. 56. La tesi convalida fondamentalmente le osservazioni di NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 299 ss. (spec. p. 317).

⁷² Il discorso, in realtà, potrebbe essere esteso anche al vizio di incompetenza, stante l'identica struttura di questo rispetto al vizio della violazione di legge. Maggiori perplessità potrebbero invece sorgere dall'applicazione del regime in argomento al vizio dell'eccesso di potere. Pur non essendo questa la sede per una compiuta analisi della questione, è bene segnalare che, nel caso di specie, la tecnica giudiziale di rilevazione del vizio in oggetto non consente al giudice di parametrare la "condotta" dell'Amministrazione ad una norma contenuta in una specifica disposizione di legge o di regolamento, atteso che l'accertamento dell'eccesso di potere si esplica, se non (indirettamente) sul piano delle figure sintomatiche, quanto meno su quello dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Circa le tecniche di accertamento giudiziale dell'eccesso di potere, cfr. CARDI E. – COGNETTI S., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, voce in *Dig. disc. pubb.*, V, Torino, 1990, pp. 341 ss..

dall'autorità giudicante. Così, per tornare al caso della violazione di legge, qualora il G.A., nell'accertare la fondatezza del vizio in esame, facesse riferimento ad una norma diversa da quella dedotta in giudizio, egli non si limiterebbe ad una più corretta interpretazione giuridica dei fatti lesivi allegati, ma andrebbe a conoscere di un vizio di legittimità essenzialmente diverso da quello prospettato attraverso il ricorso, pronunciando su una domanda non formulata in giudizio, in violazione del principio *ne eat iudex ultra petita partium*.

Se così è, si comprende perché neppure il giudice di secondo grado possa riesaminare la questione relativa alla violazione di legge commessa dall'Amministrazione, fino al punto di considerare parametri normativi diversi da quelli richiamati dalle parti. Argomentando diversamente, si finirebbe, infatti, per attribuire al giudice del gravame un potere di cognizione addirittura più ampio di quello riconosciuto al giudice di prime cure.

Tutto ciò comporta, indubbiamente, un certo ridimensionamento del principio *iura novit curia*, quanto meno in relazione all'individuazione della specifica norma giuridica asseritamente violata dall'Amministrazione, fermo restando, come pur rilevato in dottrina, che lo stesso principio, tra difficoltà applicative non trascurabili, «resta un inderogabile caposaldo del moderno stato di diritto ed, in particolare, dell'esercizio della funzione giurisdizionale negli ordinamenti ispirati al principio di legalità».⁷³ Di conseguenza, a prescindere dalla specifica ipotesi di cui s'è detto finora, anche nel processo amministrativo, sia in primo grado che in appello, il giudice può e deve procedere ad una corretta qualificazione giuridica dei fatti (introdotti dalle parti) in omaggio al principio sancito dall'art. 113 c.p.c..⁷⁴

⁷³ In termini, FONTANA G., *C'era una volta il principio iura novit curia*, in www.giurcost.org.

⁷⁴ Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6114. In tale contesto, la giurisprudenza ha ritenuto, ad esempio, che il *nomen iuris* utilizzato dalle parti per la qualificazione del rapporto giuridico, da cui origina la controversia, non sia vincolante nei confronti del giudice (Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624). Allo stesso tempo, la altresì giurisprudenza ha rilevato che l'esatta qualificazione del tipo di provvedimento impugnato va effettuata, sempre da parte del giudice, tenendo conto dell'effettivo contenuto di quel provvedimento, a prescindere dal *nomen iuris* ad esso formalmente attribuito dall'Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1515; sez. III, 27 novembre 2014, n. 5877; sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 3967).

4. La *cognitio cause* del giudice d'appello in relazione alle questioni introdotte dalle parti in primo grado e sulle quali il giudice non abbia pronunciato espressamente.

L'analisi condotta finora, in relazione all'ambito entro il quale viene esercitata la *cognitio causae* in appello, ha avuto di mira le questioni sulle quali il giudice di primo grado abbia espressamente statuito. Questioni che, per quanto detto – siano esse attinenti al rito ovvero al merito – non riemergono automaticamente in appello, e non sono dunque sottoposte alla cognizione del giudice del gravame, se non attraverso lo sviluppo di specifiche censure rivolte contro il capo di sentenza che le abbia decise.

Discorso a parte meritano le questioni introdotte con domande ed eccezioni che, sebbene proposte ritualmente in primo grado, non abbiano costituito oggetto di esame specifico da parte del giudice *a quo* in quanto dichiarate assorbite o comunque non esaminate.⁷⁵

A tal proposito, è appena il caso di ricordare che il tema delle questioni non esaminate in primo grado presenta un rilievo particolare nell'ambito del processo amministrativo, laddove, soprattutto in tempi passati, la pratica dell'assorbimento dei motivi di ricorso ha trovato un'applicazione diffusa e tutt'altro che ortodossa, tale da condurre, in alcuni casi, alla pronuncia di sentenze di annullamento per vizi di mera forma che lasciavano, invece, impregiudicate le questioni di ordine sostanziale.⁷⁶ Pratica ovviamente

⁷⁵ Sul punto, è bene precisare fin d'ora, come segnalato da DE NICTOLIS R., *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in www.federalismi.it, p. 20, che il mancato esame di una domanda o di un'eccezione è qui da intendere come una forma di assorbimento implicito.

⁷⁶ Ciò che poteva produrre un *deficit* di tutela per la parte vittoriosa, in tutti quei casi in cui l'esame e l'accoglimento delle restanti doglianze avrebbe dato luogo ad un più ampio effetto conformativo nei riguardi dell'Amministrazione chiamata a riesercitare il potere. In argomento, tra gli altri, cfr. NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, III, pp. 17 ss.; CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit.; KLITSCHKE DE LA GRANGE T., *Cenni su assorbimento e struttura della decisione del giudice amministrativo*, in *Cons. St.*, 1979, II, pp. 471 ss.; SATTÀ F., *Assorbimento dei motivi e appello «parziale» al Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1977, III, pp. 565 ss.; CANNADA BARTOLI

censurabile e sulla quale la più recente giurisprudenza ha finalmente preso posizione, ritenendo che in forza del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e del conseguente dovere del giudice di pronunciare su tutta la domanda, il c.d. assorbimento dei motivi sia, in linea di principio, da considerarsi vietato,⁷⁷ salvo che si tratti di un assorbimento in senso proprio, giustificato da ineludibili ragioni di ordine logico-pregiudiziale,⁷⁸ ovvero di un assorbimento consentito da un'espressa previsione di legge.⁷⁹

Tanto premesso, come si avvertiva in apertura, il mancato esame di una domanda o di un'eccezione, in quanto assorbita, porta l'interprete ad interrogarsi su quali siano i meccanismi di riemersione in appello dell'anzidetto materiale di causa.

A riguardo, si era discusso in passato sulla necessità di riproporre espressamente in appello tali domande ed eccezioni affinché il giudice superiore potesse conoscerle (così come stabilito, per l'appello civile, dall'art. 346 c.p.c.),⁸⁰

E., *Processo amministrativo (Considerazioni introduttive)*, voce in *Noviss. Dig.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 1086 ss..

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, con nota di PERFETTI L., *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, I, pp. 218 ss., disponibile in www.iusexplorer.it.

⁷⁸ In tal senso, in dottrina, già CATALLOZZI W., *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo dinanzi ai giudici amministrativi ordinari*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, pp. 1759 ss., il quale precisa che «L'assorbimento si fonda sulla esistenza di nessi logici – sotto profili di pregiudizialità o dipendenza – tra i vari motivi di ricorso. Esso viene pronunciato correttamente quando la decisione adottata su un motivo (assorbente) è tale da impedire l'esame del motivo connesso (assorbito)».

⁷⁹ Di assorbimento consentito *ex lege* si era soliti parlare, prima del *Codice*, con riferimento al caso di ritenuta fondatezza del vizio-motivo di incompetenza, il quale, una volta accertato siccome fondato dal G.A. determinava la rimessione dell'affare all'autorità competente, con contestuale assorbimento delle restanti censure, in ossequio alla lettera dell'art. 26, comma 2, l. n. 1034/1971. Sul punto, COLETTA M., *Sulla natura assorbente del vizio-motivo di incompetenza a margine dell'Adunanza plenaria n. 5/2015*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, I, pp. 271 ss..

⁸⁰ Cfr. PAEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 589-590, che pur non richiamando testualmente l'art. 346 c.p.c., manifesta la necessità di una riproposizione per iscritto delle censure assorbite in primo grado. Ancor più radicale la posizione di VIRGA P., *L'oggetto*

ovvero sulla possibilità di ricomprendere le stesse all'interno del materiale di causa oggetto di devoluzione automatica, senza gravare le parti di uno specifico onere di riproposizione.⁸¹ Naturalmente, l'adesione alla prima tesi avrebbe accentuato il carattere impugnatorio dell'appello amministrativo. Di converso, la seconda soluzione avrebbe valorizzato la funzione rinnovatoria del gravame.⁸²

In questo quadro, la giurisprudenza antecedente al *Codice*, pur dopo notevoli oscillazioni, aveva comunque escluso che per l'anzidetto materiale di causa potesse operare una devoluzione automatica, ritenendo invece valido il regime prescritto dall'art. 346 c.p.c.. Norma, questa, che incarna la rottura voluta dal legislatore del 1942 rispetto alle concezioni dell'appello diffuse all'epoca dell'abrogato codice di procedura civile,⁸³ e che il Consiglio di Stato aveva nondimeno inteso quale espressione di un principio generale, applicabile in via analogica anche al processo amministrativo d'appello.⁸⁴ Risultava così necessaria l'iniziativa di parte affinché nell'ambito del *thema decidendum* sottoposto alla cognizione del giudice di secondo grado potessero ricomprendersi domande ed eccezioni non esaminate in prime cure.

Il regime anzidetto è stato sostanzialmente convalidato dal legislatore del *Codice*, con l'art. 101, comma 2, c.p.a., il quale, peraltro, ha ulteriormente

dell'appello amministrativo, cit., p. 740, che sembra preferire, per ogni ipotesi di assorbimento, la necessità di un'apposita impugnazione, eventualmente proposta in forma incidentale.

⁸¹ Così, BASSI F., *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, cit., p. 345-346; NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 442, per il quale la previsione di cui all'art. 346 c.p.c., costituendo una norma eccezionale rispetto al principio devolutivo tipico dei gravami di tipo rinnovatorio, non può vigere se non nel processo in cui è posta.

⁸² Rileva RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 281, che entrambe le soluzioni sono teoricamente possibili, al di fuori di una specifica norma di diritto positivo che valga a disciplinare la fattispecie in esame.

⁸³ CHIARLONI S., *Appello (diritto processuale civile)*, cit., p. 13.

⁸⁴ Così, Cons. Stato, Ad. plen. 19 gennaio 1999, n. 1, che aveva disatteso l'interpretazione patrocinata dalla IV sezione nell'ordinanza di rimessione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 1998, ord. n. 921), laddove si sosteneva che nel caso in cui il giudice di primo grado avesse pronunciato l'annullamento del provvedimento impugnato sulla base del vizio di incompetenza, con assorbimento degli ulteriori profili di illegittimità prospettati, la riforma della sentenza di prime cure avrebbe comportato l'automatica riemersione dei vizi-motivi non esaminati, in forza del carattere devolutivo del giudizio d'appello.

precisato attraverso quali strumenti processuali ed entro quali termini debba essere assolto l'onere di riproposizione, pena la rinuncia alle domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate in primo grado. Cosicché, l'appellante è tenuto a riproporre domande ed eccezioni non decise, per mezzo del ricorso d'appello, sebbene in tal caso non occorra alcuna specifica doglianza rivolta alla sentenza di primo grado.⁸⁵ Al contrario, l'appellato può avvalersi anche di una semplice memoria non notificata, da depositare entro i termini per la costituzione in giudizio.

Viene in tal modo previsto un meccanismo di accelerazione alla formazione della materia del contendere, poiché il giudice, già *in limine litis*, è in grado di conoscere con precisione quale sarà l'ambito entro il quale esercitare la *cognitio causae*. La norma in esame, infatti, prevede una decadenza di ordine processuale, conseguente ad una presunzione di rinuncia basata sulla valutazione legale di un comportamento concludente, dato, per l'appunto, dalla mancata riproposizione di domande ed eccezioni assorbite. Allo stesso tempo, peraltro, il legislatore ha introdotto una limitazione normativa espressa al funzionamento della devoluzione automatica.⁸⁶ È chiaro, infatti, che se si intende l'effetto devolutivo in termini di riemersione automatica in appello del materiale di causa già introdotto in primo grado, nessun automatismo potrà mai configurarsi laddove la suddetta riemersione sia subordinata ad una specifica iniziativa di

⁸⁵ Come rilevato da DE NICTOLIS R., *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, cit., p. 20, «la pronuncia di assorbimento di taluni motivi contenuti in un ricorso giurisdizionale non comporta un implicito rigetto, né la soccombenza della parte interessata», con ciò risultando spiegato perché non occorra censurare specificamente il *decisum*.

⁸⁶ Nel senso che l'onere di riproposizione espressa dia luogo, quanto meno, ad una limitazione della devoluzione piena ed automatica si esprime pacificamente la dottrina. Cfr., tra gli altri, VILLATA R., *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 152; POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 167. Tra i processualciviliisti, ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, p. 458, ove si discorre di una "soppressione" dell'effetto devolutivo; BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo dell'appello*, cit., pp. 1346 ss.; CHIARLONI S., *Appello (diritto processuale civile)*, cit., p. 13; PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, cit.; CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 199, che parla di «effetto devolutivo temperato dell'appello».

parte; e ciò, a prescindere dal fatto che tale iniziativa assuma le vesti della mera riproposizione piuttosto che di un vero e proprio atto di impugnazione.

In tale contesto è interessante notare che la cognizione del materiale di causa oggetto di assorbimento in primo grado si realizza per la prima volta solo in sede di gravame. La richiesta di tutela avanzata dalla parte che ripropone domande ed eccezioni assorbite in primo grado viene soddisfatta pertanto solo attraverso la cognizione del giudice d'appello su quella frazione dell'oggetto del giudizio di primo grado rimasto indeciso. Nel caso di specie, insomma, l'appello si risolve in un giudizio avente ad oggetto direttamente un determinato fatto giuridico (costitutivo, ovvero impeditivo, estintivo, modificativo) introdotto in prime cure, mentre non si atteggia come giudizio sulla sentenza impugnata, in relazione alla circostanza che sul punto manca del tutto una statuizione del primo giudice sulla quale possa esplicarsi il controllo del giudice del gravame. D'altra parte, un tale sistema può ritenersi comunque compatibile con il principio del doppio grado di giurisdizione. Questo, infatti, richiede non già la presenza di due diversi giudizi che esauriscano la cognizione della lite in ogni suo aspetto processuale e sostanziale,⁸⁷ quanto piuttosto la possibilità, concessa alle parti, di sottoporre il rapporto controverso a due diversi giudici.⁸⁸

A questo punto, è bene segnalare che da una corretta interpretazione dell'art. 101, comma 2 c.p.a., il regime di riproposizione previsto dalla norma citata può essere riferito alle sole domande ed eccezioni "tecnicamente" assorbite e non, invece, a quelle non esaminate a causa di una mera omissione di pronuncia del giudice di primo grado. Trattasi infatti di ipotesi che, dal punto di vista del diritto processuale, non configurano un'endiadi ma presentano un apprezzabile grado di eterogeneità.

Nel primo caso, segnatamente, la mancata statuizione del giudice su una determinata domanda o eccezione si spiega in ragione della sussistenza di un particolare vincolo di interdipendenza logica o giuridica tra le questioni

⁸⁷ Sul punto, sia consentito rinviare alle osservazioni sviluppate nel Cap. I.

⁸⁸ ALLORIO E., *Sul doppio grado del processo civile*, cit., p. 336; SERGES G., *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 18.

esaminate e quelle rimaste assorbite (c.d. assorbimento in senso proprio).⁸⁹ Di conseguenza, nessun errore del giudice viene a configurarsi e nessun motivo d'appello dev'essere sviluppato per ottenere una pronuncia sulle anzidette questioni assorbite, essendo all'uopo sufficiente la mera riproposizione delle domande ed eccezioni che si abbia interesse a far esaminare in sede di gravame.⁹⁰

Nel secondo caso, al contrario, il mancato esame del giudice su una certa domanda o eccezione non è giustificato da alcun nesso di pregiudizialità, dipendenza o alternatività, bensì integra una vera e propria violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., (c.d. assorbimento-omissione o assorbimento in senso improprio) che potrebbe assumere i contorni di uno specifico *deficit* di tutela giurisdizionale.⁹¹ Si è dunque dinanzi ad un vero e proprio vizio della sentenza, dal momento che l'esame giurisdizionale non ha toccato un punto essenziale del *thema decidendum* che il giudice avrebbe dovuto conoscere.⁹² Se così è, nella fattispecie in esame, la riemersione in appello delle questioni afferenti domande ed eccezioni illegittimamente pretermesse in primo grado deve passare attraverso la denuncia, con apposito motivo di gravame, dello specifico errore commesso dal giudice di prime cure,⁹³ operando il regime di cui all'art. 101, comma 1, c.p.a..

⁸⁹ In tema, più diffusamente, SIGISMONDI G., *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, II, pp. 402 ss..

⁹⁰ In senso analogo, CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 201.

⁹¹ CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit., pp. 88 ss.. A riguardo, cfr. altresì GIANNINI M. S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 258, secondo cui «si deve affermare che sentenze di questo tipo sono da condannare perché realizzano altrettante ipotesi di diniego di giurisdizione».

⁹² Sul punto, ATTARDI A., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, cit., pp. 157-158, laddove l'A. evidenzia che non pare dubbio che la sentenza con cui il giudice conclude il processo, omettendo di pronunciare su una delle domande proposte, è viziata per la violazione del dovere di pronuncia su tutte le domande.

⁹³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4783, il quale ricorda che «l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 112 Cod. proc. civ., che è applicabile al processo amministrativo in forza del "rinvio esterno" operato dall'art. 39

Quanto appena rilevato vale pertanto a spiegare perché il meccanismo di riemersione delle questioni non decise in primo grado non possa restare identico per i casi di assorbimento in senso proprio e per quelli di assorbimento-omissione. Qui, la devoluzione in appello delle questioni su cui il giudice di primo grado abbia ommesso di pronunciare postula lo sviluppo di uno specifico motivo di impugnazione volto, per l'appunto, a denunciare l'errore commesso

Cod. proc. amm.». In senso analogo si era già espressa la dottrina maggioritaria prima del *Codice*. Cfr., a riguardo, PAEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 589, ad avviso del quale, nel caso di specie, «non si tratterebbe di riproporre puramente e semplicemente le questioni assorbite, ma di lamentare la violazione d'una norma processuale, compiuta dal TAR»; SPIZZICHINO R., *I contributi e i limiti della più recente giurisprudenza tendenti al superamento delle lacune normative in tema di appello incidentale nel processo amministrativo*, cit., p. 62, che pure fa riferimento, in proposito, alla violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, p. 230 ss. (spec. p. 235), secondo cui «si deve ammettere che l'omissione parziale di pronuncia costituisca un vizio dell'attività decisoria e rimanga coperta dal giudicato, quando non sia dedotta quale motivo d'impugnazione, sì da precludere la riproposizione della domanda pretermessa nei gradi successivi o in altro giudizio fra le parti». Altra parte della dottrina, pur giungendo a conclusioni non dissimili dalle precedenti, aveva prospettato, per il caso dell'assorbimento-omissione, un'ipotesi di soccombenza della parte la cui domanda o eccezione non fosse stata esaminata, con ciò giustificando la necessità di un appello per riproporre le questioni di cui trattasi. Cfr., a riguardo, VILLATA R., *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 148; LAURA A., *Nota a Cons. Stato 19 gennaio 1999, n. 1*, cit., pp. 432 ss.; SIGISMONDI G., *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti*, cit., pp. 402 ss.. In argomento, anche SCOCA S.S., *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, cit., p. 475, il quale coniuga le due prospettive sopraccitate, ritenendo che l'onere di proporre un apposito appello per far valere l'omissione di pronuncia del giudice di primo grado derivi, contemporaneamente, dalla violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e dal pregiudizio (*rectius*: soccombenza sostanziale) prodotto in capo alla parte dall'assorbimento improprio. Sul punto, recentemente, SAIITA F., *Commento all'art. 101 del codice del processo amministrativo*, cit., secondo cui: «Non è sempre vero, infatti, che l'assorbimento di un motivo non determini una situazione di soccombenza, anche soltanto parziale, per rimuovere la quale occorra l'impugnazione (principale o incidentale) [...]». A tal riguardo, l'A. precisa che se il motivo assorbito aveva «una sua autonoma rilevanza ed è stato erroneamente assorbito (c.d. assorbimento improprio), l'appello (principale o incidentale) è possibile, perché la parte già ricorrente in primo grado ha interesse a che l'impugnazione da lui proposta innanzi al T.a.r. sia esaminata in tutta la sua ampiezza, con riferimento sia all'effetto eliminatorio che agli effetti ripristinatorio e conformativo [...]». È, dunque, da respingere l'assunto secondo cui, nell'assorbimento, non essendovi pronuncia, non v'è mai soccombenza».

dal giudice *a quo*. Ciò che non accade, di converso, nel caso di domande ed eccezioni propriamente assorbite, laddove, non configurandosi alcun errore del giudice, viene meno anche la necessità di dedurre una specifica censura in appello.⁹⁴

Ciò detto, il problema che si pone, a questo punto dell'indagine, non è tanto quello riguardante la sussistenza o meno di un onere di riproposizione espressa di una domanda (o eccezione) assorbita, onere ormai sancito *expressis verbis* dalla legge. Il problema, si diceva, attiene piuttosto alla definizione dello stesso concetto di "domanda assorbita" all'interno del processo amministrativo, considerando che nell'individuazione di tale concetto l'interprete è chiamato, ancora una volta, a sciogliere la *vexata quaestio* del ruolo che si intende assegnare al singolo motivo di ricorso: cioè se questo sia, o meno, un elemento identificativo della domanda.⁹⁵

È chiaro che nel caso di risposta affermativa, verrà ad aversi una specifica domanda per ogni vizio-motivo dedotto in giudizio.⁹⁶

Nel caso contrario, la pluralità dei motivi prospettati dal ricorrente potrà non determinare la sussistenza di più domande all'interno del giudizio. È quanto accade laddove la domanda sia identificata in relazione al *petitum* che la caratterizza, di guisa che al suo interno risultano compresi tutti quei motivi finalizzati ad ottenere lo stesso risultato pratico. Così, ad esempio, in presenza di

⁹⁴ La giurisprudenza, ad ogni modo, precisa che l'onere di riproposizione esige comunque, per il suo rituale assolvimento, che vengano indicate specificamente le censure che la parte intenda devolvere alla cognizione del giudice di secondo grado, all'evidente fine di consentire a quest'ultimo una compiuta conoscenza delle relative questioni, oltre che alle controparti di contraddire consapevolmente sulle stesse. Ne consegue che un generico rinvio alle censure assorbite e agli atti di primo grado che le contenevano, senza alcuna ulteriore precisazione del loro contenuto, è da ritenersi inidoneo ad introdurre nel *thema decidendum* del giudizio d'appello domande ed eccezioni in tal modo evocate. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3073; sez. III, 21 febbraio 2012, n. 918.

⁹⁵ Cfr. quanto già considerato sul punto nel Cap. III, sez. *prima*, par. 2.

⁹⁶ In tal senso, SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., p. 267, secondo cui «la "domanda" davanti al giudice amministrativo è rappresentata dal motivo di ricorso; sicché, se più di uno sono i motivi di ricorso dedotti, più di una sono le domande alle quali il giudice amministrativo è tenuto a rispondere».

più vizi-motivi di illegittimità, prospettati dal ricorrente per ottenere la caducazione di uno stesso provvedimento, si resterà in presenza di una sola ed unica domanda qualora i diversi motivi saranno volti ad assicurare il conseguimento della medesima utilità sostanziale, alla luce dei vari effetti che scaturiscono dalla sentenza di accoglimento del ricorso, tenuto conto, in particolare, del c.d. effetto conformativo.⁹⁷

L'adesione all'una o all'altra prospettiva, volta a definire la nozione di domanda, presenta risvolti pratici proprio in relazione all'ambito entro il quale opera l'onere di riproposizione delle domande assorbite o non esaminate. E si spiega, giacché se la domanda resta individuata dal singolo motivo di ricorso ed il giudice di prime cure non abbia espressamente statuito sulla fondatezza di quel motivo, potendosi qui configurare un'ipotesi di domanda assorbita, sarà onere del ricorrente riproporre quello stesso motivo in appello secondo il meccanismo tipizzato dall'art. 101, comma 2, c.p.a..⁹⁸ Di converso, laddove si individui la domanda sulla base del rispettivo *petitum*, la mancata statuizione su uno o più motivi sviluppati all'interno della stessa domanda, comunque accolta sulla base di un altro motivo, non configura, teoricamente, una fattispecie di domanda assorbita, laddove l'assorbimento avrebbe in tal caso ad oggetto un mero punto di cognizione. Cosicché, restando sul piano delle ipotesi, in relazione ai quei motivi di ricorso riconducibili alla medesima domanda e rimasti assorbiti, dovrebbe poter operare, a favore del ricorrente-appellato vittorioso in primo grado, il meccanismo della devoluzione automatica nel caso in cui il giudice del gravame accolga l'appello proposto *ex adverso* in relazione a quel capo di domanda.

⁹⁷ A riguardo, CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit. p. 125, il quale, sviluppando la tesi già sostenuta da Nigro, rileva che «il *petitum* può diversificarsi per il differente effetto vincolante dell'annullamento giurisdizionale rispetto la situazione lesa». In senso analogo, VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 587. Sul punto, anche SCOCA S.S., *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, cit., p. 471, il quale aggiunge che si è in presenza di domande diverse allorché l'accertamento dei vari motivi prospettati nel ricorso determini il conseguimento di diverse utilità, più o meno ampie, per il ricorrente.

⁹⁸ Salvo il caso in cui si tratti di un assorbimento-omissione, per il quale, come già detto, non è sufficiente la mera riproposizione della domanda, occorrendo uno specifico motivo d'appello.

Sul punto, ad ogni modo, la giurisprudenza sposa l'orientamento più restrittivo, ritenendo che per ogni singolo motivo di ricorso non esaminato o dichiarato assorbito sia necessaria un'espressa riproposizione in appello,⁹⁹ sebbene tale conclusione non sembra essere dettata da una particolare elaborazione del concetto di domanda, quanto piuttosto da esigenze contingenti del giudizio di secondo grado, alla cui base v'è la necessità di agevolare il compito del giudice del gravame nell'individuazione del materiale di causa su cui egli è chiamato a pronunciare.

4.1. (segue) Riproposizione delle eccezioni assorbite in primo grado. La particolare struttura della *cognitio cause* in appello nell'ipotesi di eccezioni in senso lato oggetto di assorbimento.

Una logica analoga sembra potersi cogliere anche in ordine all'onere di riproposizione delle eccezioni sollevate in primo grado ed ivi rimaste assorbite.

A tal riguardo, infatti, parte della giurisprudenza, in ossequio al disposto dell'art. 101, comma 2 c.p.a., ritiene che la devoluzione in appello delle questioni introdotte in via di eccezione e poi tecnicamente assorbite, non sia automatica, ma richieda, in ogni caso, l'espressa riproposizione della parte interessata. Ciò, a prescindere dal tipo di eccezione – in senso lato o in senso stretto – di cui si tratta,¹⁰⁰ e a prescindere, dunque, dalla circostanza che la questione dedotta in via di eccezione possa essere conosciuta *ex officio* dal giudice di primo grado.

⁹⁹ Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2016, n. 635.

¹⁰⁰ Sulla distinzione tra eccezioni in senso lato e in senso stretto, ORIANI R., *Eccezione*, voce in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 262 ss., ora in *Digesto online*, ID., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. Giur.*, 2005, VII, pp. 1011 ss., cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti dottrinali. La distinzione, come ricorda l'A., si fonda sulla rilevanza d'ufficio o meno dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi dell'altrui pretesa. In tema, con specifico riguardo al processo amministrativo, per tutti, DI RENZO M., *L'eccezione nel processo amministrativo*, cit., spec. pp. 65-70, il quale tuttavia utilizza una diversa terminologia con riferimento alla distinzione in esame, parlando di eccezioni in senso improprio e di eccezioni in senso proprio. Nella corrente terminologia, invece, le eccezioni in senso improprio stanno ad indicare la mera negazione dei fatti

Ad onor del vero, sotto quest'ultimo profilo, è invalso a lungo in sede giurisprudenziale il convincimento secondo cui la mancata riproposizione in appello di un'eccezione di rito, non esaminata in prime cure, non sarebbe stata preclusiva del suo esame nel giudizio di secondo grado, poiché l'esistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione va verificata d'ufficio, e perciò le relative questioni non avrebbero potuto soggiacere al meccanismo della rinuncia tacita di cui all'art. 346 c.p.c..¹⁰¹

L'entrata in vigore del *Codice* ha tuttavia contribuito all'affermazione di un diverso orientamento pretorio, ad avviso del quale il giudice del gravame non può conoscere d'ufficio delle questioni inerenti presupposti processuali e condizioni dell'azione, ogniqualvolta una di tali questioni sia stata dedotta in prime grado con apposita eccezione ivi rimasta assorbita,¹⁰² stante l'onere di riproposizione espressa sancito dall'art. 101, comma 2 c.p.a..¹⁰³

In generale, dunque, laddove la parte resistente ovvero controinteressata abbia fatto valere in prime cure una determinata eccezione, la questione con essa dedotta non potrà essere devoluta automaticamente alla cognizione del giudice d'appello:

a) né qualora su di essa abbia pronunciato espressamente il giudice di prime cure, occorrendo (per quanto già visto nel Cap. III, sez. *prima*, par. 2.1.) un apposito motivo d'appello che censuri, sotto tale profilo, l'errata decisione del giudice *a quo*, formandosi altrimenti sulla stessa questione il giudicato interno per acquiescenza parziale ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c.;

costitutivi della pretesa azionata, mentre le eccezioni in senso proprio si risolvono nell'allegazione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi dell'altrui pretesa.

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 1984, n. 177.

¹⁰² Si pensi ad esempio al caso in cui il giudice di primo grado abbia dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, assorbendo l'eccezione di rito formulata dalla parte resistente che deduceva la carenza dell'altrui interesse a ricorrere.

¹⁰³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4396, che ha applicato il principio di cui all'art. 101, comma 2 c.p.a. anche ad un'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado formulata in prime cure e non riproposta ritualmente nel giudizio d'appello. In senso analogo, Cons. giust. amm. reg. Sic., 12 dicembre 2013, n. 929; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2011, n. 5883, con riferimento ad un'eccezione di tardività del ricorso di primo grado non esaminata dal Tar.

b) né qualora la questione dedotta in via di eccezione sia stata illegittimamente pretermessa per assorbimento-omissione, necessitandosi, anche in tal caso, di una specifica censura volta a denunciare l'errore del primo giudice (*id est*: la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato);¹⁰⁴

c) né, da ultimo, laddove l'eccezione sia stata oggetto di un assorbimento in senso proprio, stante, come già ricordato, la disciplina di cui all'art. 101, comma 2, che prevede, a pena di rinuncia, un onere di riproposizione espressa delle eccezioni rimaste assorbite, senza distinguere, almeno da un punto di vista strettamente letterale, tra le eccezioni in senso stretto e quelle in senso lato.

Tuttavia, non si nascondono le perplessità che l'impostazione anzidetta è in grado di ingenerare in relazione, segnatamente, all'onere di un'espressa iniziativa di parte per determinare la devoluzione in appello delle eccezioni in senso lato, sulle quali il giudice di prime cure non abbia statuito per assorbimento.¹⁰⁵ Perplessità che derivano fondamentalmente da due principali ordini di ragioni.

In primo luogo, è appena il caso di ricordare che da un punto di vista logico, qualora ricorra un'ipotesi di assorbimento, in relazione alle questioni rimaste assorbite non è isolabile un autonomo capo di sentenza (neppure implicito) che possa determinare la soccombenza e la formazione di un giudicato interno sulle predette questioni; al contrario di quanto avviene invece nei casi di espressa decisione o di illegittima omissione di pronuncia su una questione dedotta in giudizio. Di conseguenza, l'onere di una specifica iniziativa di parte per sottoporre al giudice superiore le questioni assorbite, e dedotte in via di

¹⁰⁴ Si pensi al caso in cui il giudice abbia accolto il ricorso volto ad ottenere la condanna dell'Amministrazione al pagamento di un credito pecuniario, senza esaminare l'eccezione di prescrizione sollevata dalla stessa Amministrazione resistente.

¹⁰⁵ Non a caso, nella più recente giurisprudenza sembra farsi strada una soluzione diversa e meno rigida rispetto a quella esposta *sub c)*. Cfr., a riguardo, Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3347, secondo cui «L'art. 101, comma 2, del c.p.a. va, dunque, interpretato nel senso che l'onere di tempestiva riproposizione delle eccezioni assorbite o non esaminate, riguarda esclusivamente le eccezioni in senso proprio e non, invece, le c.d. eccezioni preliminari di rito».

eccezione, non potrebbe certo trovare fondamento nella lettera dell'art. 101, comma 1 c.p.a..

In secondo luogo, per meglio comprendere perché non sia indispensabile un'espressa riproposizione in appello delle eccezioni in senso lato assorbite dal primo giudice, va messa in risalto la sostanziale differenza che intercorre, da un punto di vista dogmatico, tra lo strumento dell'eccezione in senso stretto e quello, appunto, dell'eccezione in senso lato. Quest'ultimo si caratterizza per essere riferito a questioni che il giudice può rilevare *ex officio* a prescindere da una qualsivoglia iniziativa di parte, di guisa che non pare possibile per le stesse parti rinunciare ad elementi di cognizione comunque sottoposti all'esame dell'autorità giudicante.¹⁰⁶ Ciò comporta che un'eventuale richiesta rivolta al giudice del gravame, di pronunciare su una questione già dedotta in primo grado con un'eccezione in senso lato, ed ivi rimasta assorbita, non risulta necessaria per evitare di incorrere nel meccanismo della rinuncia tacita di cui all'art. 101, comma 2 c.p.a., semplicemente perché gli elementi di cognizione di cui si discorre non sono suscettibili, per loro stessa natura, di alcuna rinuncia.¹⁰⁷ Tale considerazione vale, in particolar modo, per i presupposti processuali e per le condizioni dell'azione.¹⁰⁸ fattori indispensabili affinché il processo possa essere validamente instaurato.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Sul punto, ORIANI R., *Eccezione*, cit., par. 45, il quale, evidenziando le differenze che intercorrono tra l'eccezione riservata alle parti e quella rilevabile d'ufficio dal giudice, ricorda che «la prima è rinunciabile nel corso del giudizio, laddove il fatto, dedotto con la seconda, potrà-dovrà essere esaminato dal giudice anche se la parte dichiara di non voler più insistere sul punto».

¹⁰⁷ La tesi sposata nel testo, d'altra parte, ha già trovato seguito in passato nella dottrina processualcivilistica. Cfr., a riguardo, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 270-273; PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, cit., § 3; LUISO F. P., *Appello nel diritto processuale civile*, cit., p. 368; BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo dell'appello*, cit., p. 1352. Dello stesso avviso, con specifico riguardo alla previsione contenuta nell'art. 101, comma 2, c.p.a., pare SAITTA F., *Prove tecniche di applicazione del codice del processo amministrativo: Palazzo Spada...incerto tra eccezioni in senso proprio e mere difese*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2012, I, pp. 128 ss..

¹⁰⁸ In termini, Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1657. Sul punto, da ultimo, anche Cons. giust. amm. reg. Sicilia, sez. giurisd., 6 maggio 2016, n. 134.

¹⁰⁹ CERULLI IRELLI V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, cit., p. 127.

L'art. 101, comma 2 c.p.a., va dunque interpretato nel senso che l'onere di tempestiva riproposizione delle eccezioni assorbe riguardi esclusivamente le eccezioni in senso stretto e non, invece, le eccezioni in senso lato e, segnatamente, quelle pregiudiziali di rito, le quali non costituiscono vere e proprie eccezioni, ma si configurano come mere difese.¹¹⁰ Tornano d'attualità, a riguardo, le considerazioni sviluppate in tempi più risalenti da Di Renzo, il quale, soffermandosi sulla natura delle eccezioni di rito, osservava che soltanto impropriamente sono qualificabili eccezioni «le difese con le quali le parti interessate eccitano l'esercizio del potere del giudice di verificare se il rapporto processuale sia validamente costituito, se sia suscettibile di svolgimento e se comporti una trattazione e decisione del merito».¹¹¹ Di conseguenza, il fatto che una questione di rito sia stata espressamente dedotta in primo grado, ed assorbita nel giudizio *a quo*, non ha alcun rilievo per l'applicazione dell'art. 101, comma 2 c.p.a., giacché la particolare natura della questione di cui si tratta vale a giustificare un regime di devoluzione automatica ogniqualvolta su quella questione il giudice non abbia statuito.

Al contrario, se su quelle medesime questioni v'è stata una decisione del primo giudice, la regola della rilevabilità d'ufficio cede il passo alla regola del giudicato interno,¹¹² che copre tutte le questioni – di rito o di merito – su cui il giudice abbia pronunciato, non potendo operare pertanto la devoluzione

¹¹⁰ Il problema in esame, d'altra parte, non è nuovo alla scienza del diritto processuale. Sul punto, già DI RENZO M., *L'eccezione nel processo amministrativo*, cit., pp. 61-62, laddove l'A. rilevava come «nella pratica il termine "eccezione" [...] figura spesso indiscriminatamente esteso a tutte le difese del convenuto, come se "eccepire" fosse sinonimo di "contraddire"».

¹¹¹ DI RENZO M., *op. ult. cit.*, p. 157.

¹¹² In questo caso, come rilevato da LUISO F.P., *Appello nel diritto processuale civile*, cit., § 3, «la regola della rilevabilità di ufficio perde valore di fronte a quella del giudicato, sicché, ove la questione non venga riproposta al giudice di appello, questi non potrà più occuparsene, in quanto su di essa si è formato il giudicato». In senso analogo, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 268, il quale avverte che «Solo in primo grado è necessario infatti tener conto della circostanza, che l'efficacia di determinati fatti deve essere presa in considerazione indipendentemente dalla richiesta di parte. In appello, invece, diviene determinante verificare se sul corrispondente capo del provvedimento si sia formato il giudicato». In termini analoghi, su questo specifico aspetto, anche LUBRANO F., *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, cit., pp. 58 e 73.

automatica.¹¹³ Nel caso di specie sarà allora onere della parte interessata sviluppare, secondo quanto previsto dall'art. 101, comma 1 c.p.a., una specifica censura avverso il capo di sentenza che abbia pronunciato sulla questione – ancorché rilevabile d'ufficio in primo grado – sì da sottoporla al riesame del giudice del gravame.

5. Decisione implicita delle questioni di rito rilevabili d'ufficio in primo grado: aspetti controversi in tema di devoluzione automatica.

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente portano a ritenere che la *cognitio causae* del giudice d'appello, in relazione alle questioni di rito concernenti il giudizio di primo grado, sia strutturata in maniera tale che la decisione del primo giudice sulle anzidette questioni impedisce una devoluzione automatica delle stesse in sede d'appello, stante la preclusione derivante dal giudicato interno.

Tale affermazione pone tuttavia all'interprete un ulteriore interrogativo. Vale a dire: quando una questione di rito può ritenersi davvero decisa dal giudice di prime cure? Il quesito, a primo acchito di facile soluzione per i casi in cui la sentenza abbia espressamente statuito su una di tali questioni, presenta invece un elevato grado di complessità in tutti quei casi in cui il primo giudice abbia semplicemente pronunciato sul merito della domanda, senza soffermarsi esplicitamente sui profili di rito della controversia. In tali fattispecie, invero, è tutt'altro che pacifica la configurabilità di un giudicato implicito (e di un capo di sentenza) sulle questioni di rito non espressamente decise, che possa far sorgere a carico della parte interessata ad ottenerne il riesame, l'onere di sviluppare un apposito motivo d'appello.¹¹⁴

¹¹³ Cfr. quanto già detto nel Cap. II, par. 2.1.

¹¹⁴ Sul punto, la dottrina, in particolare quella processualciviltistica, si è spesso dimostrata scettica, nutrendo dubbi sulla stessa ammissibilità della figura di un giudicato di tipo implicito. La prima compiuta analisi critica, in tema, si deve ad ALLORIO E., *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, II, pp. 245 ss.. Più di recente, cfr. CARRATTA A., *Rilevabilità d'ufficio del*

*difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito", in Giur. it., 2009, VI, ora in pa.leggiditalia.it., laddove si nega che la decisione implicita su un presupposto processuale possa dar luogo ad un giudicato implicito. Tesi che l'A. giustifica ritenendo che sulle questioni risolte in maniera implicita non possa formarsi un autonomo capo di sentenza, passibile di giudicato, poiché la nozione di capo di sentenza sarebbe strettamente correlata a quella di capo di domanda. Su tale aspetto, tuttavia, sia consentito rinviare alle più ampie considerazioni già svolte *supra* (Cap. III, sez. prima, par. 7.1. ss.).*

Rilievi analoghi in CONSOLO C., *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, V, pp. 1141 ss., il quale, se da un lato ammette la presenza di un rigido ordine logico nella scansione rito-merito, dall'altro lato nega che la decisione di una questione pregiudiziale, esplicita o implicita che sia, possa integrare un micro-capo di sentenza suscettibile di consolidarsi *ex art. 329 c.p.c.*, di guisa che sarebbe in ogni caso possibile per il giudice dell'impugnazione, conoscere delle questioni di rito che, «se non ben risolte, compromettono alla radice la funzionalità del processo». Critico sull'estensione del giudicato a tutte le questioni implicitamente decise, seppur per ragioni diverse, anche BIAVATI P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, IV, pp. 1301 ss., § 2, il quale ritiene che il rapporto tra questioni di rito e di merito non si possa esaurire in un profilo di ordine, aggiungendo (§ 4) che per le questioni pregiudiziali di rito è maggiore il numero di casi in cui l'eventuale pretermissione del giudice di primo grado apre la strada ad un rilievo officioso del giudice superiore.

RAGNI M., *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, II, pp. 647 ss., disponibile in www.iusexplorer.it, rileva che uno degli ostacoli principali all'ammissibilità del giudicato implicito è legato al fatto che la decisione non solo sarebbe inespressa, ma anche carente di discussione in pienezza di contraddittorio (§ 2), e «ciò che non è stato assoggettato al vaglio del contraddittorio non può essere deciso e tanto meno può acquistare autorità di cosa giudicata» (§8).

ROMANO A., *Due sfrangiate questioni in tema di formazione e oggetto della cosa giudicata civile*, in *Corr. Giur.*, 2005, I, pp. 105 ss.; ID., *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, VI, ora in *pa.leggiditalia.it.*, §§ 6 ss., pur ammettendo la configurabilità di una decisione implicita su questioni pregiudiziali ogniqualvolta il giudice abbia deciso direttamente sul merito, nega però che una siffatta decisione possa dar luogo ad un giudicato interno, tale da precludere al giudice d'appello il riesame d'ufficio delle anzidette questioni. L'ammissibilità di un giudicato interno (implicito) sarebbe preclusa, segnatamente, dal «principio della conoscibilità officiosa della regolarità del rapporto processuale anche nei gradi di giudizio successivi al primo» (§ 15).

A riguardo, tuttavia, come segnalato da TURRONI D., *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006, p. 126, non può non osservarsi che il tema della decisione implicita è intrinsecamente collegato a quello del giudicato implicito, poiché non avrebbe senso parlare di una decisione, ancorché implicita, che poi non si traduce in un giudicato. La giurisprudenza, da parte sua, a partire da quella di legittimità, ha fatto frequente riferimento negli ultimi anni alla nozione di giudicato implicito per limitare l'ambito della devoluzione automatica del materiale di causa al giudice d'appello, con particolare riguardo alle questioni di rito riferite al giudizio di primo grado. Cfr., da

A tal proposito è appena il caso di ricordare, come segnalato da autorevole dottrina, che per poter discorrere di giudicato implicito su presupposti processuali e condizioni dell'azione, occorre che sia dato rinvenire una decisione implicita nella sentenza che definisce il merito del giudizio.¹¹⁵ Occorre cioè che sia dato riconoscere in modo univoco e logicamente certo che l'organo giudicante, nel decidere espressamente una determinata questione, non possa che aver deciso (*rectius*: risolto) in un determinato senso, evidentemente affermativo, anche le questioni di rito.¹¹⁶

Ebbene, da un punto di vista logico, non si può disconoscere che le questioni di rito dovrebbero venire esaminate prioritariamente rispetto a quelle di merito, di guisa che la decisione sul merito della lite finirebbe per postulare in ogni caso l'avvenuta soluzione – ancorché implicita – di tutte le questioni pregiudiziali.¹¹⁷ Tale impostazione, d'altra parte, può riuscire agevolmente spiegata una volta che si faccia riferimento alle definizioni che la scienza del diritto processuale assegna ai concetti di presupposto processuale e di condizione dell'azione. Il primo, inteso quale requisito che condiziona la proponibilità della domanda e l'attitudine di questa a porre in essere un processo.¹¹⁸ La seconda, considerata come requisito intrinseco alla domanda

ultimo, Cass. civ., sez. I, 17 maggio 2016, n. 10088. In relazione al processo amministrativo, cfr. Cons. giust. amm. reg. Sicilia, sez. giurisd., 27 febbraio 2015, n. 159.

¹¹⁵ ROMANO A., *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, cit., § 2.

¹¹⁶ ROMANO A., *op. ult. cit.*, § 2.

¹¹⁷ COSÌ, SIGISMONDI G., *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 2014, III, pp. 472 ss.; GUACCI C., *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, cit., pp. 156 ss. (spec. pp. 162-163). Valga ricordare che, nel processo amministrativo, il problema dell'ordine di esame delle questioni di rito e di merito si è spesso accompagnato alla tematica parallela dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale escludente. A riguardo, tra gli altri, cfr. VILLATA R., *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, II, pp. 826 ss.; ID., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado. (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, II, p. 317, ove si segnala che la tendenza dei giudici a definire discrezionalmente l'ordine di trattazione delle questioni, in ossequio al principio di economia processuale, va contrastata, stante il dettato dell'art. 276, comma 2, c.p.c., che impone l'esame prioritario delle questioni di rito.

¹¹⁸ MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile - Editio minor*, I, Torino, 2011, pp. 38 e 41.

stessa (con riguardo al suo contenuto sotto il profilo sostanziale), il difetto del quale requisito impedisce al processo di proseguire fino alla pronuncia sul merito.¹¹⁹ Requisiti, insomma, che nell'uno e nell'altro caso risultano necessari per la decidibilità della causa nel merito,¹²⁰ talché la decisione sul merito della domanda dovrebbe postulare l'avvenuta soluzione, quantunque implicita, delle questioni pregiudiziali.

Le conclusioni appena raggiunte riposano d'altronde su uno specifico dato di diritto positivo, laddove il legislatore del *Codice* ha previsto, con l'art. 76, comma 4 c.p.a., che nel decidere la causa, il giudice dia priorità all'esame delle questioni pregiudiziali.¹²¹

Senonché, ad avviso della giurisprudenza, la disciplina in oggetto è ritenuta inderogabile solo qualora venga pronunciata una sentenza di accoglimento del ricorso, la quale implica in ogni caso l'avvenuta decisione di tutte le questioni pregiudiziali di rito, quand'anche dalla motivazione del *decisum* non si rinvenivano espressi riferimenti all'esame dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione. In altri termini, il silenzio del giudice sottende qui una decisione (implicita) delle questioni di rito in senso non ostativo alla cognizione del ricorso nel merito. Pertanto, le questioni pregiudiziali sono soggette all'efficacia del giudicato interno (implicito), e la parte resistente o controinteressata, risultata soccombente in prime cure, che abbia interesse a far valere in appello il difetto di

¹¹⁹ MANDRIOLI C., *op. ult. cit.*, p. 41.

¹²⁰ CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, p. 339, il quale, tanto per i presupposti processuali quanto per le condizioni dell'azione, parla di «circostanze necessarie in vista della nascita per il giudice adito del dovere di decidere il merito della causa». L'A. peraltro assegna al *genus* dei presupposti processuali una valenza omnicomprensiva, tale da ricondurvi anche le condizioni dell'azione (spec. p. 343).

¹²¹ La disposizione richiamata nel testo rinvia a sua volta all'art. 276, comma 2 c.p.c., ai sensi del quale «Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa». La giurisprudenza ha precisato a riguardo che, nell'esame delle questioni pregiudiziali, l'accertamento dei presupposti del processo (nell'ordine: giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità e rimessione in termini, contraddittorio, estinzione del giudizio), precede quello delle condizioni dell'azione (interesse ad agire, titolo o legittimazione al ricorso, *legitimatio ad causam*). Cfr., a riguardo, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

un presupposto processuale o di una condizione dell'azione, dovrà sviluppare, a tal riguardo, uno specifico motivo d'appello, non potendo operare la devoluzione automatica.

Per contro, laddove il giudice *a quo* sia pervenuto al rigetto della domanda siccome infondata nel merito, non può affermarsi con altrettanta risolutezza che l'esame delle questioni di rito abbia senz'altro preceduto quello delle questioni di merito.¹²² In specie, stando all'interpretazione dell'art. 76, comma 4 c.p.a., patrocinata dalla stessa giurisprudenza, al giudice è concesso in questi casi derogare alla naturale rigidità dell'ordine di esame delle questioni, qualora, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali, egli ritenga di poter risolvere la lite rigettando il ricorso nel merito in base ad una ben individuata ragione più liquida.¹²³ In questo caso, eccezionali esigenze di semplificazione possono giustificare l'esame prioritario del merito rispetto alle questioni pregiudiziali di rito.¹²⁴

¹²² In tema, De NICTOLIS R., *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, cit., pp. 4-6. La tesi, già in passato al vaglio della dottrina, ha ricevuto, in particolare, l'adesione di FORNACIARI M., *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, pp. 39 ss.; RAGNI M., *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, cit., §§ 6-7. Critico, invece, TURRONI D., *La sentenza civile sul processo*, cit., pp. 111 ss., il quale ha sottolineato l'importanza del dato normativo di cui all'art. 276, comma 2 c.p.c. (cui rinvia l'art. 76, comma 4, c.p.a.), evidenziando l'impossibilità di riservare un trattamento differenziato alla sentenza di merito di accoglimento, rispetto a quella di rigetto (spec. p. 118 ss.). In tal senso, anche GUACCI C., *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, cit., p. 164.

¹²³ Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Ad. plen. 27 aprile 2015, n. 5. La stessa giurisprudenza ha comunque precisato che tale *modus operandi* dell'autorità giudicante è da ritenersi legittimo purché l'esercizio di un siffatto potere del giudice «non incida sul diritto di difesa del contro interessato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della lite», ferma restando, in ogni caso, la necessità che il giudice accerti previamente la propria giurisdizione e competenza. Sul punto, cfr. altresì l'importante decisione assunta dalla Corte Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, (punto 5.14.3), la quale, in relazione al disposto dell'art. 276, comma 2 c.p.c., cui fa rinvio l'art. 76, comma 4, c.p.a., ha precisato che la previsione dell'ordine di esame delle questioni contenuta nella norma in argomento «non è mai stata ritenuta espressione della impostazione di una sequenza obbligata dalla quale il giudice non possa discostarsi in base alle esigenze volta a volta emergenti».

¹²⁴ Critico, a riguardo, PERFETTI L., *Heart of darkness: l'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, cit., § 4, laddove l'A., nel commentare l'opzione sposata dai giudici

Ne deriva che proprio la (invero discutibile) facoltà del giudice di rigettare il ricorso sulla base della ragione più liquida, anteponendo l'esame degli aspetti di merito alla naturale primazia del rito, impedisce di affermare la perfetta sovrapposibilità del giudicato interno a tutte le questioni pregiudiziali che il giudice *a quo* avrebbe dovuto conoscere *ex officio*. Detto altrimenti, il primato decisorio della ragione (di merito) più liquida costituisce un impedimento al formarsi del giudicato implicito sulle questioni di rito, ancorché logicamente pregiudiziali, essendo ciò giustificato dall'esigenza di un sollecito rigetto della domanda. Le questioni di rito, in tal caso, restano prive di ogni decisione, venendosi a configurare, sempre a detta della giurisprudenza, una fattispecie di legittimo assorbimento per ragioni di economia processuale.¹²⁵

amministrativi di derogare all'ordine di esame delle questioni stabilito *ex lege*, segnala che non è affatto detto che «l'impostazione che restringe alle sole pronunce di rigetto tale regola sarà in futuro rispettata dalla giurisprudenza amministrativa, considerato il rilievo che il "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale, ha nella più volte richiamata sentenza Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242». Particolarmente penetranti le osservazioni di SQUAZZONI A., *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, I, p. 316, il quale in primo luogo sottolinea che «una norma di legge che stabilisce un ordine di esame secondo la scansione rito/merito, a rigore, sembra mossa più dalla preoccupazione di ciò che il giudice fa per giungere alla reiezione della domanda, che non quando l'accoglie». In secondo luogo, lo stesso A. aggiunge che, se si guarda ai vari presupposti processuali e alle condizioni dell'azione, riflettendo sulla loro singola *ratio*, si dovrà convenire sul fatto che essi «sono assolutamente neutri rispetto al tipo di esito meritevole del processo». Di conseguenza, l'assegnazione di una priorità logica alle questioni di rito *secundum eventum litis* può rappresentare una scelta discutibile. La soluzione fatta propria dal Consiglio di Stato solleva dubbi, peraltro, anche alla luce della previsione contenuta nell'art. 49, comma 2 c.p.a., il quale, consente al giudice di prescindere dall'integrazione del contraddittorio allorché il ricorso appaia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. La previsione, come evidenziato da DE NICTOLIS R., *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, cit., p. 5, assume una rilevanza sistematica, trattandosi dell'unica fattispecie in cui il legislatore prevede una possibile alterazione dell'ordine di esame rito-merito. Cosicché, da un'interpretazione *a contrario* della norma in oggetto ne deriverebbe che le restanti questioni di rito, diverse da quella afferente l'integrità del contraddittorio, dovrebbero senz'altro essere esaminate prima del merito, anche nel caso di infondatezza del ricorso.

¹²⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

Orbene, trattandosi di assorbimento, e non di un'omissione di pronuncia, la riemersione in appello delle questioni di rito assorbite non necessita, nel caso di reiezione del ricorso:

a) né della formulazione di una specifica censura avverso la pronuncia di primo grado poiché, nella fattispecie in esame, quelle questioni non sono soggette, in quanto assorbite, all'efficacia del giudicato interno;

b) né dell'espressa riproposizione di cui all'art. 101, comma 2, c.p.a., poiché, come già detto nel paragrafo precedente, si è qui in presenza di questioni rispetto alle quali non può operare il meccanismo della rinuncia tacita previsto dal *Codice*.

Ciò porta a concludere che nel caso di sentenze di rigetto, l'appello proposto dalla parte soccombente nel merito, investe automaticamente il giudice *ad quem* anche delle questioni di rito non espressamente decise in primo grado.¹²⁶ Si è dunque in presenza di una fattispecie di devoluzione automatica, in forza della quale il giudice di secondo grado che ritenga possibile una diversa decisione sul merito della lite, è chiamato a riesaminare d'ufficio anche gli aspetti di rito dell'originaria controversia.¹²⁷

¹²⁶ Non è un caso che ogniqualevolta il giudice d'appello abbia affermato, seppur in termini generali, la rilevanza *ex officio* di presupposti processuali o di condizioni dell'azione relative al primo grado, esso si trovasse sempre dinanzi all'impugnazione di una sentenza di rigetto dell'originario ricorso. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2152; sez. IV, 25 gennaio 2013, n. 489; sez. V, 17 settembre 2010, n. 6978; Cons. giust. amm. reg. Sicilia, sez. giurisd., 16 aprile 2013, n. 408.

¹²⁷ RAGNI M., *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, cit., § 4, osserva che se il giudice (di primo grado) può decidere di non seguire una progressione logica nell'affrontare le questioni, egli si assume il rischio del rilievo officioso (in sede d'appello) dei vizi rituali, perché in tal caso non può invocarsi la preclusione del giudicato implicito. Le considerazioni sviluppate nel testo conducono a ritenere, peraltro, che la mancata statuizione del giudice *a quo* su una questione pregiudiziale di rito non può mai dar luogo ad una vera e propria omissione di pronuncia. Difatti, da un lato, l'accoglimento del ricorso nel merito implica l'avvenuta decisione, ancorché implicita, di tutte le questioni pregiudiziali di rito, in senso non ostativo alla cognizione sul merito della lite. Dall'altro lato, il rigetto del ricorso nel merito, senza che il giudice *a quo* abbia espressamente statuito su una questione pregiudiziale di rito, dà luogo ad un assorbimento consentito dalla legge (per ragioni di economia processuale), che dunque non può tradursi nella violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (*rectius*: in un'omissione di pronuncia).

5.1. (Segue): ancora sulla cognizione delle questioni di rito in appello. Il particolare regime della devoluzione delle questioni di giurisdizione e di competenza.

Al predetto regime di devoluzione automatica si sottraggono comunque le questioni di giurisdizione e di competenza.

Il *Codice* prevede, a riguardo, che nei giudizi di impugnazione, il difetto di giurisdizione o di competenza è rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo esplicito o implicito, abbia deciso sulle questioni in argomento (artt. 9 e 15, comma 1, c.p.a.).¹²⁸ Si tratta di un ulteriore limite all'effetto devolutivo automatico, che pone in rilievo la funzione di controllo assegnata al giudizio di secondo grado a scapito della funzione di pieno riesame della lite, laddove la cognizione delle anzidette questioni da parte del giudice superiore non è automatica, bensì subordinata ad una specifica iniziativa di parte.

Inoltre, al fine di precludere in appello la cognizione officiosa del difetto di giurisdizione o di competenza, il legislatore ha assegnato rilievo sia al giudicato interno di tipo esplicito, relativo al capo di sentenza che abbia pronunciato

¹²⁸ Vale ricordare che nel panorama giurisprudenziale antecedente all'entrata in vigore della disciplina codicistica, il Consiglio di Stato aveva patrocinato una soluzione diversa, affermando la sussistenza del potere officioso del giudice d'appello di rilevare il proprio difetto di giurisdizione indipendentemente dalla proposizione di uno specifico motivo di gravame. In particolare, secondo un primo orientamento, il potere del Consiglio di Stato di rilevare in via officiosa il proprio difetto di giurisdizione sarebbe stato esercitabile anche nel caso di un'esplicita statuizione del giudice di prime cure che avesse riconosciuto espressamente la propria giurisdizione. Tutto ciò, in base alla considerazione che «il difetto di giurisdizione è causa ostativa che investe l'ordine giurisdizionale nel suo complesso» (Cons. Stato, sez. VI, 1° dicembre 1999, n. 2052). Altro orientamento, meno rigoroso, aveva invece affermato il potere-dovere del giudice del gravame di conoscere *ex officio* del difetto di giurisdizione, quante volte sulla questione non fosse intervenuta un'esplicita pronuncia in primo grado (Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Ad. plen., 16 maggio 2005, n. 4; sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1939). Per una più compiuta esposizione delle ragioni a sostegno dell'una e dell'altra opzione interpretativa, si rinvia a VACCA A., *La diatriba ancora aperta fra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione sulla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello: alcune sintetiche considerazioni*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2006, I, pp. 87 ss..

espressamente sulle questioni in esame; sia al giudicato interno di tipo implicito, che si forma nei casi in cui il primo giudice abbia statuito sul merito della causa, senza che dalla motivazione del *decisum* si rinvenivano testuali riferimenti all'esame delle questioni in argomento. In quest'ultimo caso, l'esistenza della giurisdizione e della competenza è indirettamente e tacitamente affermata trattandosi di presupposti processuali necessari e imprescindibili per addivenire ad una pronuncia che statuisca sul merito della controversia.¹²⁹

In tal guisa, il legislatore ha positivizzato (ed in parte ampliato, con riferimento alla questione di competenza) una soluzione già elaborata dalla giurisprudenza di legittimità. Mette conto infatti ricordare che, nel processo civile, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano da tempo sancito che la pronuncia esplicita e finanche quella implicita del giudice di primo grado, sulla questione di giurisdizione, potesse conseguire l'efficacia del giudicato interno tutte le volte in cui quella statuizione non fosse stata specificamente censurata in sede di impugnazione.¹³⁰

¹²⁹ Parte della dottrina si è interrogata, a riguardo, sull'esatto significato da attribuire all'espressione "statuizione implicita" sulla giurisdizione. PICOZZA E., *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010, pp. 24 ss., ha rilevato come la norma di cui all'art. 9 c.p.a., faccia riferimento a tutte le modalità di definizione della questione di giurisdizione, nessuna esclusa. PERONGINI S., *L'eccezione e la rilevanza di ufficio del difetto di giurisdizione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2013, II-III, p. 788, ha invece formulato rilievi critici, laddove la disposizione in esame lascerebbe nel vago la nozione di «statuizioni implicite sulla giurisdizione». L'A. precisa che dal campo di applicazione della norma resterebbero fuori, in particolare, i casi in cui il giudice di primo grado abbia dichiarato l'assorbimento o abbia ommesso di pronunciare sulla questione. In questi ultimi casi la disciplina resterebbe quella della rilevanza, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, secondo l'originaria formulazione dell'art. 37 c.p.c.. Di identico avviso, GUACCI C., *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, cit., pp. 52-57 e 177-178. L'impostazione, tuttavia, non convince, poiché basata su un presupposto alquanto opinabile, e cioè che la questione di giurisdizione possa essere oggetto di un assorbimento "in senso proprio", in quanto logicamente successiva ad altra questione prioritaria, la quale d'altra parte non viene specificamente individuata dalla dottrina in commento. Al contrario, come rilevato da DE NICTOLIS R., *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, cit., pp. 4-5 e 7, tra le varie questioni di rito, è proprio quella di giurisdizione a presentare un ordine prioritario.

¹³⁰ Cass. civ., SS.UU., 8 febbraio 2010, n. 2715; SS.UU., 09 ottobre 2008, n. 24883; SS.UU., 30 ottobre 2008, n. 26019.

La giurisprudenza amministrativa, successiva al *Codice*, ha peraltro chiarito che la giurisdizione e la competenza vanno in ogni caso accertate dal giudice di primo grado affinché egli possa statuire sul merito della lite, senza che sia dato distinguere tra i casi di accoglimento e quelli di reiezione del ricorso.¹³¹ Di conseguenza, quand'anche il Tar sia pervenuto al rigetto della domanda proposta in giudizio, le questioni in esame non potranno considerarsi assorbite, ma si avranno in ogni caso per decise – ancorché implicitamente – in senso non ostativo rispetto all'esame del merito. L'onere di sviluppare un apposito motivo d'appello per ottenere la devoluzione, nel giudizio di secondo grado, delle predette questioni, opera dunque incondizionatamente e non *secundum eventum litis*, al contrario di quanto si è visto accadere per le restanti questioni pregiudiziali di rito.

Ne consegue che la regola della rilevabilità d'ufficio in primo grado del difetto di giurisdizione o di competenza, si armonizza, in appello, con i principi che governano lo svolgimento di tale giudizio, vale a dire con le preclusioni che derivano dalla regola dell'acquiescenza tacita (art. 329, comma 2, c.p.c.) e del giudicato interno sui capi di sentenza che espressamente o implicitamente abbiano deciso le questioni in esame.

6. Rilievi conclusivi in tema di effetto devolutivo ed implicazioni in tema di oggetto del giudizio d'appello.

L'analisi sviluppata finora conduce l'interprete a rilevare che la natura piena ed incondizionata dell'effetto devolutivo è ormai retaggio di un sistema che non trova più cittadinanza nell'ordinamento positivo. Teorizzare la riemersione automatica dell'intero materiale di causa nel giudizio d'appello rischia di passare per una mera petizione di principio, totalmente svincolata dall'evidenza del dato normativo.

¹³¹ Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5; Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10.

Al contrario, si è visto che la devoluzione automatica soggiace a limitazioni penetranti, che originano, ora da principi fondamentali dell'ordinamento processuale (su tutti, il principio dispositivo), ora da previsioni positivamente poste dal legislatore, in relazione all'onere di sviluppare specifiche censure d'appello avverso i capi della sentenza gravata (art. 101, comma 1 c.p.a.) ovvero di riproporre espressamente domande ed eccezioni assorbite o non esaminate (art. 101, comma 2 c.p.a.). Elementi, questi, sintomatici di una rottura rispetto alle concezioni dell'appello diffuse in epoca più risalente.

Ciò non significa, d'altronde, che un qualche automatismo non possa comunque esservi nella riemersione, in sede di gravame, del materiale di causa già introdotto in primo grado. Si fa riferimento, segnatamente, agli argomenti di fatto e di diritto diversi da quelli prospettati dalle parti nel ricorso d'appello, e tuttavia risultanti dagli atti del giudizio di primo grado. Argomenti automaticamente devoluti al giudice superiore, che ad essi può attingere nel decidere delle questioni espressamente ripropostegli con gli specifici motivi di impugnazione. E si fa riferimento, altresì, alle questioni di rito che, laddove non decise – neppure implicitamente – in primo grado, possono essere conosciute d'ufficio dal giudice d'appello.

Ma si tratta, all'evidenza, di automatismi dal calibro assai limitato (si direbbe, pressoché nullo), i quali, anzi, confermano la regola generale che fa dipendere da un'espressa iniziativa della parte interessata la devoluzione in appello del materiale di causa di cui si intenda ottenere il riesame. Non esiste pertanto alcuna "devoluzione automatica piena" che possa fondare una sorta di globalità del riesame ad opera del giudice di secondo grado, indipendentemente dalle concrete iniziative delle parti.

La commistione tra il regime della devoluzione automatica e quello dell'iniziativa di parte nella disciplina cognitoria dell'impugnazione è dunque palesemente sbilanciata nella seconda direzione, nel senso che il gravame assicura una rinnovazione della *cognitio causae*, ma non per tutti gli elementi acquisiti in primo grado, bensì solo per quelli ricompresi nella questione decisa dal capo di sentenza avverso il quale si dirigono le specifiche censure dell'appellante.

Ciò produce implicazioni di primissimo rilievo per quanto attiene alla definizione dell'oggetto del giudizio d'appello, dal momento in cui, se è vero, come è vero, che la riemersione del materiale di causa in appello rientra pressoché nel monopolio delle parti, non viene assicurata in tal guisa con alcun rigore l'esistenza di una piena coincidenza tra il rapporto controverso su cui abbia statuito la sentenza di prime cure e l'ambito della lite devoluta alla cognizione del giudice superiore.¹³² Per quanto detto in precedenza, infatti, l'oggetto su cui il giudice d'appello esercita la propria *cognitio causae* si individua nella parte (e non nella globalità) del rapporto controverso di primo grado cui attengono le questioni riproposte in appello.¹³³ L'impostazione anzidetta, d'altronde, non contraddice alla tesi che individua l'oggetto immediato dell'appello nella parte di sentenza impugnata piuttosto che nella *res controversa* di primo grado (tesi alla quale pur si era aderito nel Cap. II). Invero, la compatibilità tra l'una e l'altra prospettazione si spiega non appena si consideri che il capo di sentenza avverso il quale si dirigono le censure dell'appellante, inteso come oggetto immediato dell'appello, è proprio ciò che consente di individuare la frazione del rapporto controverso cui attengono le questioni risolte sfavorevolmente in primo grado e di cui si intende ottenere il riesame in sede d'impugnazione.

¹³² La soluzione sposata nel testo si pone in linea d'altronde con i rilievi di teoria generale in materia di impugnazione sviluppati da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, p. 269, il quale da un lato osserva che «l'iniziativa esclusiva dell'impugnante nella reintroduzione degli elementi cognitori non è conciliabile con l'idea di un rimedio avente lo stesso oggetto del precedente»; e dall'altro soggiunge che «l'iniziativa della parte (o di entrambe) non può essere la fonte esclusiva della cognizione in un gravame sullo stesso oggetto» (p. 272). Da un'interpretazione *a contrario* di dette affermazioni si ricava pertanto che ogniqualvolta la riemersione in appello del materiale di causa introdotto in primo grado rientri nella piena disponibilità delle parti, l'oggetto del secondo grado di giudizio non può consistere nell'intero rapporto controverso su cui si è statuito in prime cure.

¹³³ Tesi già prospettata, in relazione all'appello civile, da PROTO PISANI A., *Note sull'appello civile*, cit., pp. 257 ss..

CAPITOLO III

Sezione Seconda

IL REGIME DELLO *IUS NOVORUM* NEL GIUDIZIO DI SECONDO GRADO

1. Incidenza dello *ius novorum* sulla funzione del giudizio d'appello.

Il tema dello *ius novorum* costituisce, in una con la funzione dei motivi d'appello e l'operare del meccanismo dell'effetto devolutivo, l'ultimo dei profili da tenere in considerazione per definire l'ampiezza del *thema decidendum* sottoposto alla cognizione del giudice superiore.

La proposizione di nuove domande o eccezioni (in senso proprio) in appello produce infatti una dilatazione del campo d'esame riservato al giudice dell'impugnazione con riferimento alla *res in iudicium deducta* in primo grado, i cui confini risultano conseguentemente ampliati.

Nel caso di specie, la questione che si pone non attiene tanto alla possibilità che il giudice *ad quem* si trovi dinanzi ad argomenti non introdotti dalle parti in prime cure, in quanto riferiti a vizi della sentenza gravata o del processo svoltosi dinanzi al Tar. Possibilità, questa, che non è fonte invero di particolari problemi, e che anzi costituisce un *proprium* del giudizio d'appello, non foss'altro poiché diversamente opinando, nei confronti degli *errores in procedendo* o *in iudicando* imputabili al primo giudice non vi sarebbe altra forma di tutela.¹ Sotto questo particolare aspetto è chiaro che la domanda avanzata al giudice d'appello reca un contenuto (almeno in parte) diverso – o se si preferisce,

¹ GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, p. 116.

“nuovo” – da quello della domanda introdotta in prime cure, stante la funzione di critica che si è detta propria del ricorso di secondo grado, per mezzo del quale debbono essere sviluppate specifiche censure avverso il capo della sentenza gravata. Non rilevano, dunque, ai fini dello *ius novorum*, le censure introdotte per la prima volta in appello, riguardanti l’ingiustizia ovvero l’illegittimità della decisione apprestata dal Tar nel risolvere la controversia di primo grado. Così come non rileva l’introduzione in appello di nuove questioni processuali: ciò, sia per quanto attiene alle questioni processuali relative al nuovo grado di giudizio, sulla cui deducibilità in appello non può nutrirsi alcun dubbio, atteso che il giudice dell’impugnazione sarebbe in ogni caso chiamato a conoscere d’ufficio quelle medesime questioni per poter pronunciare sul merito del ricorso; sia per quanto attiene alle questioni processuali relative al primo grado, deducibili in appello quantunque siano state sottaciute dalle parti nella precedente fase di giudizio, tenuto conto che il gravame, come sopra ricordato, è volto a sindacare la legittimità della decisione impugnata e del relativo procedimento giurisdizionale dal quale essa è scaturita, di guisa che è del tutto naturale far valere vizi processuali della precedente fase.

Il problema, si diceva, nel caso dello *ius novorum*, è di tutt’altra natura, in quanto attraverso la domanda nuova o la nuova eccezione in senso proprio, è la diretta spettanza del bene della vita su cui si controverte in giudizio che viene in gioco sotto differenti profili.² Lo *ius novorum* investe, dunque, «l’oggetto di merito del processo, e cioè l’oggetto primario ed essenziale (domande nuove) e l’oggetto secondario e strumentale di merito (eccezioni, prove, difese nuove)».³ Ed è

² PALEOLOGO G., *L’appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 357.

³ Così, NIGRO M., *L’appello nel processo amministrativo*, cit., p. 382, il quale, inoltre, avverte che è con riferimento all’oggetto “primario” e a quello “secondario” che occorre stabilire «se, ed entro quali limiti, il giudice di appello debba conoscere della stessa controversia sostanziale conosciuta dal giudice di primo grado». In tal modo, l’A. intende affermare che se da un lato lo *ius novorum* comprende domande, eccezioni, prove e difese nuove, non introdotte in primo grado, dall’altro lato, il divieto dei *nova* può non riguardare tutte le anzidette allegazioni, in quanto la sua portata dipende essenzialmente dalla funzione rinnovatoria o eliminatória del gravame e dalla specifica disciplina prevista, sul punto, dal legislatore. Ciò spiega la ragione per cui Nigro sostiene l’ammissibilità di nuove eccezioni in senso proprio e di nuove prove in appello, possibilità che, in mancanza di

appunto sotto tale aspetto che l'allegazione di uno o più elementi di novità in sede d'appello, nel senso appena chiarito, può incidere sulla specifica funzione che si intende assegnare al giudizio di secondo grado.

L'alternativa tra un appello che assicura un nuovo giudizio sulla lite, prescindendo del tutto dai risultati raggiunti in prime cure, ed un appello che si attegga invece a riesame critico dell'operato del primo giudice, in quanto mezzo teleologicamente orientato ad accertare eventuali errori di quest'ultimo, passa anche – ma ovviamente non solo – attraverso lo specifico regime dello *ius novorum* previsto nel nuovo grado di giudizio.⁴

Già in passato, peraltro, la possibilità di ammettere i *nova* in appello ha costituito, per autorevole dottrina, il fulcro della distinzione tra un giudizio d'appello inteso come rimedio agli errori del primo giudice ed un giudizio d'appello volto, di converso, ad assicurare il «diritto di ottenere dal giudice una nuova sentenza di merito».⁵ Del resto, anche la distinzione fra le categorie dogmatiche del *novum iudicium* e della *revisio prioris instantiae*, pur accantonata nella presente indagine, ha portato la dottrina a far leva sulla possibilità o meno di arricchire il materiale di causa sottoposto alla cognizione del giudice *ad quem*.⁶ In buona sostanza, può affermarsi che la funzione rinnovatoria o eliminatoria del

espresso divieto legislativo, deve ritenersi scaturire dall'attribuzione al giudice d'appello della *cognitio causae* (pp. 356 e 373).

⁴ SAIITA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 85 (nota 74), ove l'A. precisa che la riconduzione dell'appello all'uno o all'altro modello può avvenire in considerazione dell'ammissibilità o meno dei *nova*, purché si tenga conto, parimenti, «anche degli altri caratteri che dovrebbero distinguere le due figure (effetto devolutivo, *cognitio causae*, funzione rescindente o sostitutiva della pronuncia)».

⁵ CALAMANDREI P., *Appello*, cit., p. 731.

⁶ Cfr. SAIITA F., *Eccezioni nuove in appello*, cit., p. 2168, secondo cui: «Se le nuove questioni sono ammissibili, l'appello è, a tutti gli effetti, un nuovo giudizio; se non lo sono, è essenzialmente un giudizio sul giudizio di primo grado: *revisio prioris instantiae*, e non *novum iudicium*». In termini analoghi, SAIITA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 85, «è attraverso l'esame del diritto positivo, ergo alla luce del regime dello *ius novorum* in appello concretamente introdotto dal legislatore, che può desumersi l'adesione di quest'ultimo ad un determinato modello di gravame (*revisio* o *novum iudicium*)». Sul punto, anche CARLOTTI G., *Il divieto dei nova in appello*, in *Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, pp. 726 ss.; POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 163.

secondo grado di giudizio, pur non dipendendo esclusivamente dalla maggiore o minore apertura dell'appello all'introduzione dello *ius novorum*, è almeno in parte condizionata dal profilo in esame.

Ciò precisamente, nel senso che, da un lato, l'introduzione del nuovo materiale di causa in appello accentua la funzione rinnovatoria del relativo giudizio, sì da consentire alla parte interessata di porre rimedio alle manchevolezze delle sue precedenti difese,⁷ restando in secondo piano la necessità di una critica puntuale della sentenza impugnata. Mentre, dall'altro lato, il divieto dello *ius novorum* non è comunque di per sé solo sufficiente per teorizzare l'esistenza di una funzione eliminatoria del giudizio di secondo grado, laddove di funzione eliminatoria è dato discorrere soltanto qualora il giudice non possa esercitare la *cognitio causae* in ordine ad una controversia già decisa in prima istanza.⁸

2. Il regime dei *nova* nell'appello amministrativo: apporto della dottrina e della giurisprudenza alla soluzione del problema prima del *Codice*.

Prima di passare all'esame della disciplina positiva introdotta dal legislatore delegato del 2010, è bene considerare che il quadro normativo antecedente al *Codice* si era caratterizzato per un totale *deficit* di prescrizioni in tema di *ius novorum*, tale da costringere dottrina e giurisprudenza a tentare di ricercare sul piano sistematico soluzioni che potessero colmare l'anzidetta lacuna legislativa.

Principiando dalla dottrina, pur dovendo constatare la chiara eterogeneità delle proposte ricostruttive sviluppate al suo interno in assenza di uno specifico parametro normativo di riferimento, è interessante notare come la stessa avesse cionondimeno teorizzato la sussistenza di un generale divieto all'introduzione di

⁷ POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *op. ult. cit.*, p. 163.

⁸ Cfr. SAIITA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 274, che richiamando la celebre tesi di Nigro, ribadisce che «il più significativo elemento distintivo tra gravami rinnovatori ed eliminatori sia costituito dalla *cognitio causae*».

nuove domande in appello, con percorsi argomentativi, per taluni aspetti diversi, ma caratterizzati al contempo da due motivi ricorrenti. Vale a dire, il convincimento che la ragion d'essere del divieto in parola fosse da ricercare sia nella «rigidità dell'oggetto del giudizio amministrativo, caratteristica questa che, precludendo il mutamento dell'oggetto anche in primo grado, a maggior ragione, lo preclude in appello»;⁹ sia nella caratteristica comune ad ogni giudizio di gravame, che è insieme «continuazione della precedente fase e critica di quanto vi si è fatto».¹⁰

⁹ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 278. In termini analoghi, LUBRANO F., *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, cit., p. 50-51, ove l'A. segnala che «il ricorrente soccombente può riproporre in appello soltanto i motivi originariamente formulati nei confronti dell'atto amministrativo», essendo tale soluzione coerente, tra l'altro, «con il criterio generale della necessità da parte del ricorrente in sede giudiziaria amministrativa di formulare fin dall'inizio tutte le proprie censure senza possibilità in linea normale di ampliarle in un momento successivo ma se mai soltanto di argomentarle». Cfr. altresì POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 163, i quali ricordano che nell'appello al Consiglio di Stato, l'esclusione di nuovi motivi di ricorso è spesso giustificata «sulla base di principi più generali, concernenti la perentorietà del termine per proporre le censure contro il provvedimento impugnato e l'esigenza che con l'appello non siano eluse decadenze già precedentemente maturate per l'impugnazione del provvedimento». *Contra*, SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 275 ss., il quale invece sostiene che la struttura del giudizio amministrativo di primo grado non risulta decisiva ai fini della ricostruzione del regime dei *nova* in appello, «regime che non è totalmente condizionato dall'articolazione strutturale del precedente grado di giudizio» (spec. p. 277); GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 22, secondo cui «la necessità di individuare nel primo atto processuale l'oggetto del giudizio non è di per sé base necessaria della seconda affermazione, l'immodificabilità dell'oggetto del giudizio».

¹⁰ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, p. 277. In termini ancor più recisi, POTOTSCHNIG U., *Appello*, cit., p. 793, ove l'A. rileva che il principio che esclude l'ammissibilità di nuovi motivi in appello, rispetto a quelli formulati con il ricorso di primo grado, risulta spiegato non appena si consideri che «il nuovo ricorso, quello d'appello, è proposto non più contro l'atto o provvedimento amministrativo impugnato in primo grado, ma contro la decisione del primo giudice e quindi contro la rappresentazione che di questo fatto lesivo tale decisione ha fornito». LUBRANO F., *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, cit., p. 51, rileva che il divieto dello *ius novorum* è altresì coerente con l'impostazione che vede nel processo d'appello «una ripetizione del giudizio di primo grado». PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 357, osserva che «volendosi conservare all'appello, in via di massima, la natura di giudizio di secondo grado, reso su

Del pari, all'interno della stessa dottrina era stata sostenuta pressoché unanimemente l'ammissibilità dei c.d. motivi aggiunti in appello.¹¹ Ciò, tuttavia, non tanto per ragioni sistematiche strettamente inerenti alla funzione del gravame dinanzi al Consiglio di Stato, quanto piuttosto per cause riguardanti il processo amministrativo complessivamente inteso ed il particolare rapporto del ricorrente nei confronti della pubblica amministrazione (su cui, specificamente *infra*, par. 5).

Altrettanto pacificamente la dottrina aveva ritenuto ammissibili le nuove eccezioni in senso stretto nel giudizio di secondo grado.¹² Tralasciando momentaneamente la dibattuta possibilità di isolare fatti che nel processo amministrativo possano operare solo *ope exceptionis*, era stato precisato, a riguardo, che lo strumento processuale dell'eccezione «si muove sempre nell'ambito della domanda senza ampliare mai l'oggetto del processo»,¹³ di guisa che l'ammissibilità di nuove eccezioni in sede di impugnazione non si sarebbe posta in contrasto con il divieto di nuove domande. Al contrario, vigendo nel processo amministrativo il canone del doppio grado di giurisdizione *ex art. 125 Cost.*, sarebbe stata più confacente ad un siffatto principio la previsione di un gravame rinnovatorio, volto a verificare non solo la correttezza della sentenza impugnata, ma altresì l'effettiva fondatezza della domanda formulata in primo grado.¹⁴ In tale contesto, per completezza d'indagine, mette conto precisare che qualche perplessità era stata avanzata da una certa parte della dottrina, circa la

pretese sostanziali già conoscibili da un giudice anteriore, è naturale che questioni sostanziali nuove siano ammesse con difficoltà».

¹¹ In tal senso, GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., pp. 115 ss.; PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 357 ss.; POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *op. ult. cit.*, p. 164; LUBRANO F., *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, cit., pp. 55 ss.; QUARANTA A., *Appello – III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 3.

¹² A riguardo, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 355 ss.; QUARANTA A., *Appello – III) Diritto processuale amministrativo*, cit., p. 3, ad avviso del quale il divieto dei *nova* «si riferisce solo alle domande nuove che alterino i presupposti e la natura della pretesa avanzata in primo grado ma non anche alle nuove eccezioni di merito e alle difese non proposte nella prima fase di giudizio per respingere la pretesa originaria».

¹³ SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 349

¹⁴ SAITTA F., *op. ult. cit.*, p. 353.

possibilità di ammettere, nell'appello amministrativo, nuove eccezioni diverse da quelle rilevabili d'ufficio, quanto meno nei casi di giurisdizione esclusiva con riferimento a controversie riguardanti diritti soggettivi. Nel caso di specie, segnatamente, era stata sostenuta l'applicabilità dell'art. 345, comma 2 c.p.c., e del relativo divieto di introdurre in appello nuove eccezioni riservate alle parti, stante la specifica natura della controversia che, involgendo una situazione di diritto soggettivo, avrebbe dovuto comportare l'applicazione della normativa di derivazione processualcivilistica e delle relative preclusioni,¹⁵ evitando di dar luogo a disparità di trattamento, rispetto al processo civile, non altrimenti motivate.

Più controverso era invece risultato il problema delle nuove prove nel giudizio di secondo grado, in relazione al quale le varie posizioni riscontrabili in dottrina si erano caratterizzate per un maggior tasso di eterogeneità.

Così, ad esempio, Nigro aveva sostenuto che il divieto di nuove prove in appello non avrebbe potuto trovare cittadinanza nel processo amministrativo, sia in forza della *cognitio causae* attribuita con pienezza al giudice del gravame, sia in virtù della particolare struttura dell'istruzione nel processo amministrativo, in cui sono riconosciuti al giudice larghi poteri esercitabili *ex officio*. Per tali ragioni, dunque, il Consiglio di Stato ben avrebbe potuto fondare il proprio giudizio su risultanze istruttorie diverse da quelle poste a fondamento della sentenza

¹⁵ PIZZA P., *Note sul regime delle eccezioni nuove proponibili per la prima volta in appello nel processo amministrativo. In particolare, dell'applicabilità dell'art. 345, 2 comma c.p.c., alle controversie riguardanti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, IV, pp. 1152 ss.. Per contro, dubbi sull'applicazione analogica dell'art. 345, comma 2 c.p.c., all'interno del processo amministrativo paiono sollevati da PAEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 361-362, il quale, dopo aver ritenuto che, nel processo amministrativo, di eccezioni in senso proprio possa discorrersi soltanto nei casi di giurisdizione esclusiva allorquando il giudice debba pronunciare sull'esistenza di un diritto soggettivo, osserva che «l'appello al Consiglio di Stato è cosa per molti aspetti diversa da quello civile». Lo stesso A. aggiunge successivamente (p. 377) che il Codice di procedura civile «non si applica direttamente alla nostra materia, riferendosi soltanto alla giurisdizione civile, come esercitata dai giudici ordinari (art. 1 c.p.c. 1940). Né può applicarsi per una pretesa generale analogia, attesa la completa diversità di caratteristiche dei due giudizi, e d'interesse sociale alla rapida conclusione di ciascuno di esso».

impugnata, senza ritenersi vincolato dagli elementi probatori assunti in prime cure.¹⁶

Diversa, invece, la successiva tesi di Paleologo, il quale, a sostegno della teorica che nega l'introduzione di nuove prove in appello, aveva rilevato che l'oggetto del gravame è identificato dalla legge nella pronuncia di primo grado; cosicché nel giudizio di secondo cure non avrebbero potuto ammettersi nuovi mezzi di prova, ma sarebbe stato consentito al più criticare la decisione del giudice *a quo*, laddove quest'ultimo avesse ritenuto l'ammissibilità o l'inammissibilità di uno specifico elemento probatorio. Inoltre, il divieto di nuove prove avrebbe avuto fondamento nell'esigenza di pervenire, quanto più rapidamente possibile, alla decisione del processo d'appello. Coerentemente con siffatta esigenza, sarebbe stato necessario evitare che l'esame del giudice superiore avesse dovuto estendersi, in modo disarmonico, ad elementi sconosciuti al processo di primo grado.¹⁷

Sul medesimo problema si era inoltre registrato il contributo di chi, come Saitta, aveva prospettato che, in assenza di una specifica previsione legislativa, sarebbe stato naturale sostenere il principio dell'inesistenza di limiti all'acquisizione di nuove prove; risultando di converso improvvida l'introduzione di ingiustificate preclusioni istruttorie nel giudizio d'appello, proprio nel momento in cui il processo amministrativo si andava incamminando verso la strada dell'accesso diretto al fatto controverso.¹⁸ In tale contesto,

¹⁶ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 373-375. In senso analogo, SATTA F., *L'appello nel processo amministrativo*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, 1989, III, pp. 809 ss..

¹⁷ PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 376-379. L'A. precisa che il regime in esame sarebbe risultato l'unico idoneo a soddisfare l'interesse alla rapida formazione della certezza sullo stato dei rapporti d'interesse pubblico, cioè alla soddisfazione di bisogni primari della collettività. *Contra*, sotto quest'ultimo profilo, TRAVI A., *Osservazioni a Cons. Stato, sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963 e a Cons. Stato, 15 luglio 1998, n. 1045*, in *Foro it.*, 1999, III, p. 485, ove si è rilevato che, per fondare il divieto di nuove prove in appello, non pare decisiva la considerazione tratta dalla finalità del processo amministrativo ad un rapido accertamento dell'assetto giuridico da dare agli interessi pubblici, tenuto conto che una siffatta finalità risulterebbe troppo generale ed astratta per fondare una precisa preclusione processuale.

¹⁸ SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 402.

l'esigenza di ricerca della verità materiale avrebbe piuttosto imposto al giudice di svolgere un ruolo attivo nella ricerca della verità; ciò, sia in primo grado che in appello, senza che un tale regime potesse far dubitare in alcun modo dell'imparzialità del giudicante, già garantita a sufficienza dal divieto di utilizzo della scienza privata.¹⁹

A questo punto, venendo all'esame della giurisprudenza antecedente al *Codice*, va detto di come i giudici amministrativi, pur pervenendo a conclusioni sovente analoghe a quelle proprie della dottrina, oltre ad aver utilizzato argomenti simili a quelli già richiamati in apertura del presente paragrafo,²⁰ avevano spesso individuato il fondamento del divieto di nuove domande nella disciplina contenuta all'interno dell'art. 345, comma 1, c.p.c.. Disposizione, questa, talvolta ritenuta di per sé sola idonea a fondare il divieto in parola anche nell'appello amministrativo,²¹ talaltra invece richiamata insieme ad argomenti di teoria generale, come quello della necessaria corrispondenza dell'oggetto della domanda in primo ed in secondo grado, stante il generale principio del doppio grado di giurisdizione,²² ed il carattere di *revisio prioris instantiae* proprio del secondo grado di giudizio, il cui oggetto del contendere sarebbe stato definito

¹⁹ SAITTA F., *op. ult. cit.*, pp. 411-412.

²⁰ In proposito, cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° dicembre 2003, n. 7835, secondo cui il divieto di *ius novorum* avrebbe dovuto intendersi applicabile all'appello amministrativo, «quale logica conseguenza del principio di specificità dei motivi di impugnazione e, più in generale, dell'onere di specificazione della domanda». Nel senso che il divieto dei *nova* avrebbe trovato giustificazione nella perentorietà del termine per far valere l'illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato in primo grado, Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3407; sez. VI, 30 novembre 1995, n. 1356. In senso parzialmente diverso, Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2006, n. 4648, secondo cui la *ratio* del divieto avrebbe dovuto essere rinvenuta nella necessaria coincidenza dell'oggetto della domanda in primo e in secondo grado, stante la continuità della fase di gravame rispetto al giudizio di primo grado.

²¹ Cons. Stato, sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4004; sez. V, 7 maggio 2008, n. 2080; sez. IV, 7 maggio 2004, n. 2875. In senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 29 luglio 2005, n. 4115: «In presenza di una norma processualciviltistica di carattere generale, che prescrive il divieto dello "*ius novorum*" in appello, non sussiste alcun elemento normativo idoneo a ritenere tale disposizione non applicabile al processo amministrativo».

²² Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049.

dalle sole questioni ritualmente riproposte dalle parti.²³ In questo quadro era stata affermata l'inammissibilità, in sede d'appello, di motivi di ricorso nuovi o diversi rispetto a quelli contenuti nella domanda di primo grado;²⁴ nonché di nuove censure volte a modificare la prospettazione dei fatti nel loro nucleo essenziale, introducendo un nuovo *thema decidendum*,²⁵ ovvero volte ad estendere l'impugnazione ad atti diversi da quello impugnato in prime cure.²⁶

Contrasti giurisprudenziali si erano registrati, di converso, con riferimento alle nuove eccezioni in senso stretto sollevate per la prima volta in appello, riscontrandosi in proposito due opposti orientamenti. Il primo, incline a recepire *in toto* la disciplina prevista dal Codice di procedura civile nell'art. 345, circa il divieto di proporre in appello nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio.²⁷ Il secondo, di diverso avviso, teso a sostenere l'ammissibilità in appello di nuove eccezioni, adducendo a fondamento di tale soluzione: in taluni casi, argomenti relativi alla particolare natura dell'appello in esame, ritenuto espressione di un *novum iudicium*;²⁸ in altri casi, considerazioni strettamente riferite alla funzione dell'eccezione, che non avrebbe ampliato il *thema decidendum* del giudizio, ma ne avrebbe precisato i limiti e i contenuti;²⁹ in altri casi ancora, considerazioni sui caratteri generali del processo amministrativo, il quale, avendo ad oggetto controversie connesse agli interessi pubblici, che vanno sempre perseguiti dalla

²³ Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2008, n. 4660.

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 1995, n. 1356; sez. VI, 12 novembre 1993, n. 844.

²⁵ Cons. Stato, sez. IV, 4 gennaio 2002, n. 35.

²⁶ Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 1996, n. 1366.

²⁷ Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2006, 5724: «Anche nel giudizio d'appello davanti al Consiglio di Stato trova applicazione il divieto di "*ius novorum*" sancito dall'art. 345, comma 2, c.p.c., nella formulazione modificata dall'art. 52, l. 26 novembre 1990 n. 353, che vieta la proposizione in appello di "nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio", tra le quali, ai sensi dell'art. 2938, c.c., è espressamente compresa l'eccezione di prescrizione». In senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 29 luglio 2005, n. 4115; sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 105.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 1999, n. 222.

²⁹ Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2001, n. 1629; sez. IV, 1 settembre 1999, n. 1378.

pubblica amministrazione, avrebbe consentito a quest'ultima di rimediare in appello alle carenze nello svolgimento delle proprie difese di prime cure.³⁰

Il problema si era posto con particolare evidenza a proposito dell'eccezione di prescrizione, della quale la giurisprudenza aveva a lungo sostenuto la proponibilità in appello da parte dell'Amministrazione originaria resistente. In proposito si era osservato che «quando l'Amministrazione deduce in appello, per la prima volta, l'eccezione di prescrizione, manifesta con evidenza che il patrimonio della Pubblica Amministrazione è indisponibile, esercita il suo potere-dovere, legato alla competenza amministrativa di corretta gestione delle ricorse finanziarie pubbliche, rimediando alle carenze o all'inerzia nello svolgimento delle difese di primo grado».³¹ A fondamento di detta soluzione il Consiglio di Stato aveva allegato alcune considerazioni intrinsecamente connesse con la situazione sostanziale dalla quale scaturiva la lite, osservando che nel processo amministrativo il divieto per l'Amministrazione di sollevare, contro il ricorrente già soccombente in primo grado che riproponeva in appello la propria domanda, eccezioni non proposte in prima istanza, non fosse «compatibile con le peculiarità di tale processo, destinato a risolvere controversie strettamente connesse agli interessi pubblici che l'amministrazione deve perseguire»,³² donde la proponibilità di quell'eccezione anche in appello.

A tale orientamento faceva da *pendant* un secondo filone giurisprudenziale favorevole all'applicazione analogica dell'art. 345, comma 2 c.p.c., così escludendo per l'Amministrazione la possibilità di rimediare ai *deficit* della propria strategia difensiva di primo grado, producendosi altrimenti «una disparità di tutela a favore degli interessi della P.A., presidiati dalla possibilità di dedurre

³⁰ In termini, Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2001, n. 349, in cui si precisa, peraltro, che «Anche quando si controverte sulla sussistenza o meno di diritti nell'ambito della giurisdizione esclusiva, non si discute di posizioni giuridiche di cui la amministrazione possa liberamente disporre trattandosi di materia sottoposta ai principi espressi dall'art. 97 della Costituzione: ciò caratterizza in modo peculiare il processo amministrativo rispetto a quello civile».

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2006, n. 3544; sez. VI, 11 marzo 2004, n. 1240.

³² Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2000, n. 1086.

nuove eccezioni in appello».³³ Soluzione, quest'ultima, poi consacrata dall'Adunanza plenaria,³⁴ la quale argomentando sulla base dei principi costituzionali espressi dall'art. 24 Cost., letto alla luce dell'art. 3 Cost., aveva censurato l'erroneità di ogni interpretazione della norma processualcivile dalla quale potesse evincersi una posizione di privilegio, sul piano processuale, di una parte a discapito delle altre. Di qui, la potenziale incostituzionalità di ogni interpretazione dell'art. 345 c.p.c. che ne estrapolasse il secondo comma, per escluderne l'applicabilità al processo amministrativo in funzione della situazione di diritto sostanziale della pubblica amministrazione.

Quanto, da ultimo, al regime delle nuove prove in sede di gravame, la giurisprudenza amministrativa, spesso in maniera acritica, si era adagiata sulla previsione contenuta nell'art. 345, comma 3 c.p.c., traspositando, all'interno del processo amministrativo, il divieto di nuove prove codificato dal legislatore per il gravame civile a far data dalla legge di riforma n. 353/1990.³⁵ E se talvolta il giudice amministrativo aveva limitato la preclusione sancita dall'art. 345, comma 3 c.p.c., alle sole prove costituenti,³⁶ ben più di frequente la giurisprudenza aveva esteso il divieto dei *nova* anche al deposito di nuovi documenti.³⁷ Peraltro,

³³ Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2001, n. 349.

³⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 29 dicembre 2004, nn. 14 e 15.

³⁵ A riguardo, solo in casi isolati si è dubitato della piena applicabilità dell'art. 345, comma 3 c.p.c. al processo amministrativo. Cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2004, n. 1348, ove si è ritenuto che «La rigorosa applicazione al processo amministrativo dell'art. 345 comma 3, c.p.c., sull'ammissibilità di nuovi mezzi di prova nel giudizio d'appello è quantomeno dubbia. Infatti, secondo la tesi maggioritaria, il divieto di nuove prove non concerne, in ogni caso, quell'attività istruttoria resa necessaria proprio in dipendenza della statuizione del primo giudice».

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 2009, n. 4389; sez. VI, 6 giugno 2008, n. 2718; sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3910, secondo cui «Il divieto di nuove prove in appello, stabilito per il giudizio civile dall'art. 345 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 52, l. 26 novembre 1990 n. 353, si riferisce esclusivamente alle prove costituenti e non riguarda i documenti che, in quanto prove precostituite, possono essere prodotti anche in secondo grado».

³⁷ Cons. Stato, sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4004; sez. V, 7 maggio 2008, n. 2080; sez. VI, 22 agosto 2007, n. 4476; sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2951; sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2107; sez. IV, 6 marzo 2006, n. 1122; sez. IV, 15 dicembre 2003, n. 8212; sez. V, 30 aprile 2002, n. 2286, ove si afferma che «Al giudizio amministrativo in grado di appello trova applicazione l'art. 345 c.p.c.;

sia nell'uno che nell'altro caso, solo in rare occasioni il Consiglio di Stato aveva cercato di motivare il rinvio alla disciplina processualcivilistica sostenendo tralattivamente la compatibilità della citata disposizione con i principi del processo amministrativo, e suscitando, per l'effetto, le critiche di quella dottrina che aveva giustamente posto in dubbio l'esistenza di «un principio costituzionale di necessaria uniformità di regolamentazione tra tipi diversi di processo».³⁸

3. Il divieto di nuove domande in appello alla luce dell'art. 104, comma 1, c.p.a.. Caratteri generali della *mutatio libelli* ed individuazione delle specifiche ipotesi di non consentita modificazione della domanda.

La nuova previsione contenuta nell'art. 104, comma 1 c.p.a., altro non fa che positivizzare le soluzioni di derivazione pretoria, già saldamente radicate nella giurisprudenza. Il legislatore delegato del 2010 ha infatti stabilito che nel giudizio d'appello non possono essere proposte nuove domande né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Si tratta di una norma che risponde alla previsione dell'art. 44 della legge delega n. 69/2009, nella parte in cui il Governo era stato delegato ad operare un riassetto del processo amministrativo, adeguando la disciplina in materia agli orientamenti delle giurisdizioni superiori.

Valga premettere che trattandosi di un giudizio di secondo grado, è lapalissiano che l'impossibilità di sottoporre al giudice d'appello un materiale di causa non introdotto in primo grado non riguarda, evidentemente, le doglianze volte ad evidenziare i vizi della sentenza impugnata o del processo di prime cure. Del resto, argomentando diversamente, si giungerebbe all'assurda conclusione per cui nei confronti della sentenza viziata o di un processo di primo grado irregolare non vi sarebbe altra forma di tutela, tenuto conto che nei casi in esame

pertanto, è inammissibile la produzione di nuove prove e di nuovi documenti, che la parte non dimostri di non aver potuto proporre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile».

³⁸ SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 404.

la domanda proposta al giudice dell'impugnazione non può che dirsi diversa da quella avanzata in primo grado.³⁹

Detto ciò, con riferimento al divieto di proporre in appello nuove domande giudiziali, non si registrano a livello pretorio sensibili mutamenti di indirizzo. Il Consiglio di Stato si è limitato a ribadire il proprio precedente orientamento, riportandosi, quanto all'individuazione del *novum*, alla tradizionale distinzione, di matrice processualciviltistica, tra mutamento della domanda non consentito (c.d. *mutatio libelli*) e modificazione della domanda consentita anche in appello (c.d. *emendatio libelli*),⁴⁰ di guisa che la vera questione su cui indagare non è tanto la - ormai indiscutibile - sussistenza del divieto di *ius novorum*, quanto piuttosto la specifica individuazione del *discrimen* tra modificazioni vietate o meno nel giudizio di secondo grado e, per l'effetto, la determinazione dei casi concreti in cui può esercitarsi lo *ius variandi*.

È bene segnalare fin d'ora che le pronunce della giurisprudenza definiscono spesso in modo poco chiaro i caratteri generali della nuova domanda giudiziale, in quanto le formule utilizzate a tal fine si caratterizzano per essere estremamente generiche.⁴¹ Tale atteggiamento, se da un lato si spiega per la necessità di abbracciare più ipotesi tra loro eterogenee, tutte riconducibili all'archetipo della *mutatio libelli*, dall'altro lato, denota una certa difficoltà nel

³⁹ Su tali basi, il Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1223, ha ritenuto che «il divieto di *nova* in appello [...] non impedisce all'appellante di confutare tutti gli argomenti adoperati dal TAR, quand'anche non perfettamente coincidenti con i motivi di ricorso di primo grado». Cosicché, deve ritenersi ammissibile «la riproposizione in appello di censure dedotte in primo grado e assistite da una serie di argomenti maggiormente circostanziati».

⁴⁰ Alla dicotomia mutamento-modificazione è stato inizialmente attribuito un valore ontologico, ritenendosi, da parte di ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1947, p. 36, che «nel suo significato letterale modificazione è minor cosa di mutamento». A detta opinione, tuttavia, si è successivamente replicato, da parte di ANDRIOLI V., *Commento al Codice di procedura civile*, I, Napoli, 1941, p. 424, nel senso che il concetto di modifica non sarebbe logicamente distinto da quello di mutamento, in quanto solo il diritto positivo fonda la distinzione tra l'*emendatio* e la *mutatio*.

⁴¹ Come rilevato da CHIARLONI S., *Appello (diritto processuale civile)*, cit., p. 12, «la determinazione di una precisa linea di confine tra novità della domanda vietata e modifica consentita viene di solito ricercata sulla base di una illusione metodologica tipica della giurisprudenza concettuale».

fissare con precisione i criteri per delimitare l'esatto confine tra modificazioni della domanda consentite o vietate, e sottende, probabilmente, la preoccupazione di lasciare ai giudici un certo margine di valutazione discrezionale nella decisione del caso concreto.

In questa prospettiva, tenendo conto degli elementi costitutivi della domanda, la giurisprudenza ha ritenuto che la *mutatio libelli* si configuri allorché l'appellante avanzi in giudizio una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio, ovvero prospettando una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche soggettive non dedotte in prima istanza e, particolarmente, su un fatto costitutivo radicalmente diverso, vale a dire su un nuovo fatto giuridico, considerato quale presupposto oggettivo cui l'ordinamento riconduce determinati effetti. In tutti questi casi, segnatamente, si porrebbe al giudice un "nuovo tema d'indagine"⁴² e si sposterebbero i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo.⁴³

Per quanto detto sopra, dunque, la *mutatio* della domanda si verifica non solo laddove vi sia un contestuale mutamento del *petitum* e della *causa petendi*, ma anche qualora il mutamento investa uno solo degli anzidetti elementi oggettivi.⁴⁴ Di conseguenza, i confini della *mutatio libelli* vanno definiti intorno ai concetti del *petitum* e della *causa petendi* considerati nella loro realtà individua.

Si tratta, del resto, di rilievi da tempo acquisiti nell'esperienza della scienza giuridica.⁴⁵ A riguardo, già Chiovenda affermava che «due azioni e due domande

⁴² Circa l'ambiguità di questa specifica espressione, cfr. GAMBA C., *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda*, Padova, 2008, p. 111, la quale ha evidenziato come il criterio della "novità del tema d'indagine" si presti, per vero, a valutazioni non univoche, non potendo esso vantare una valenza costante né in dottrina né in giurisprudenza (p. 113).

⁴³ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1223; Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6403, sez. VI, 1° dicembre 2006, n. 7094.

⁴⁴ In proposito, CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, cit., § 28.

⁴⁵ Il tema della domanda giudiziale e della relativa modificabilità nel corso del giudizio è ormai frutto di un'attenta e raffinata elaborazione dottrinale, soprattutto nell'ambito del processo civile. È noto, a riguardo, che la dottrina italiana segue pressoché unanimemente il metodo che risale all'elaborazione chiovendiana sull'identificazione dell'azione e sui noti «*tria*» (soggetto, *petitum* e *causa*

sono identiche quando hanno comuni tutti e tre gli elementi. La differenza di un solo elemento produce differenza di azione. [...] Due azioni pertanto che hanno anche un solo elemento diverso sono due individui diversi tra loro, per quanto la comunanza di altri elementi le renda affini».⁴⁶

Muovendo da tali premesse, occorre ora isolare le singole fattispecie che, nel processo amministrativo d'appello, determinando una modificazione non consentita del *petitum* o della *causa petendi*, si concretano nell'allegazione di una domanda nuova.

a) Innanzitutto, può pacificamente assumersi in termini di *mutatio libelli* l'allegazione di una domanda volta ad ottenere una forma di tutela radicalmente diversa da quella invocata in prime cure. Cosicché, ad esempio, non può invocarsi in appello una tutela di condanna all'emanazione di uno specifico provvedimento amministrativo (art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.), qualora in primo grado sia stata esperita la sola azione d'annullamento (art. 29 c.p.a.) ovvero la sola azione avverso il silenzio dell'Amministrazione (art. 31, comma 1 c.p.a.), stante il differente *petitum* immediato che verrebbe a connotare la domanda di primo e di secondo grado.⁴⁷

petendi) che la qualificano. Tuttavia, al di là del recepimento del predetto schema comune, non può non segnalarsi come vi sia una notevole disomogeneità di posizioni nella concreta determinazione degli elementi oggettivi di identificazione della domanda. Su tale problematica si registrano invero orientamenti di diverso segno, a cagione della complessità del tema in esame. A riguardo, tra i numerosissimi contributi, cfr. CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, Torino, 1980; COMOGLIO L.P., *La domanda giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 1265 ss.; CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, cit.; FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975; MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987; ORIANI R., *Domanda giudiziale*, voce in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; PROTO PISANI A., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968; SORACE S., *Note intorno al problema della individuazione della domanda giudiziale*, in *Scritti in memoria di F. Calasso*, Roma, 1967, 373 ss.; VERDE G., *Domanda (principio della)*, voce in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989.

⁴⁶ CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, pp. 322-323. Rilievi analoghi, nella dottrina più risalente, in D'ONOFRIO P., *Appello (diritto processuale civile)*, voce in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 737 ss.; ID., *Appello civile*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, pp. 576 ss..

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4989, ove è stata classificata in termini di *mutatio libelli* la presentazione di una domanda volta ad ottenere, ai sensi dell'art. 2126 c.c., il riconoscimento delle somme dovute al ricorrente per un'attività lavorativa svolta in violazione delle norme poste a tutela del lavoratore, laddove inizialmente era stata proposta la sola domanda volta all'accertamento

In tal senso, pertanto, debbono ritenersi superate le osservazioni dell'autorevole dottrina, la quale, in tempi più risalenti, aveva ritenuto che nel processo amministrativo la questione relativa alla modificazione del *petitum* immediato non avrebbe avuto modo neppure di porsi, essendo la giurisdizione amministrativa limitata al solo annullamento di un atto autoritativo.⁴⁸ Invero, la lettura in oggetto poteva risultare valida in un contesto normativo nel quale l'unica azione ammessa dinanzi agli organi della giustizia amministrativa era quella tesa ad ottenere la demolizione di un provvedimento illegittimo. Senonché, il progressivo ampliamento delle azioni codificate dal legislatore, in una con l'affermazione del principio di atipicità dei mezzi di tutela esperibili in sede giurisdizionale (aspetto su cui tanto ha insistito la più recente dottrina),⁴⁹ inducono necessariamente a rivedere l'anzidetta lettura, e a ritenere che il

della sussistenza del rapporto di pubblico impiego. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2611, il quale ha ravvisato gli estremi della *mutatio libelli*, in un caso in cui era stata introdotta, accanto all'originaria azione di annullamento, una nuova azione di accertamento e di condanna.

⁴⁸ Così, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 335.

⁴⁹ Cfr., tra gli altri, PROTO PISANI A., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, pp. 1 ss., ove l'autorevole processualcivile, nel richiamare quanto già sostenuto da Andrioli nella sua prolusione pisana del 1954, osserva che l'art. 24, 1° comma Cost., costituzionalizza il principio dell'atipicità del diritto di azione. Da esso si desume, quindi, «il fondamentale principio che chi è titolare di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo, è in pari tempo, e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di fare valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo». Ne consegue, secondo l'A., che tutte le norme che nel vigente ordinamento codificano espressamente una determinata azione giurisdizionale «appaiono come norme puramente esornative, le quali potrebbero anche del tutto mancare, perché assorbite dal valore della atipicità del diritto di azione». Sul punto, anche PATRONI GRIFFI F., *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, I, p. 140, ove si sottolinea che lì dove l'ordinamento riconosce un diritto o un interesse legittimo, *ibi est actio*; CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., p. 498, il quale pone in rilievo come «La gran parte delle azioni previste a tutela delle situazioni protette nelle controversie di diritto pubblico sono tipiche, cioè previste espressamente dalla legge e sottoposte a discipline proprie [...]». Ma sono ammesse anche azioni atipiche, quali richieste da particolari esigenze di tutela». In senso analogo, PAGNI I., *La giurisdizione tra effettività e efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, II, pp. 401 ss.; RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, III, pp. 913 ss.; CLARICH M., *Il nuovo codice del processo amministrativo – Le azioni*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, XI, p. 1122.

mutamento del *petitum* immediato non risulti ontologicamente estraneo alla realtà del processo amministrativo, benché vietato, in concreto, da un'espressa previsione legislativa (art. 104, comma 1 c.p.a.),

b) Al *genus* della *mutatio libelli* va altresì ricondotta l'ipotesi in cui le censure di legittimità sviluppate in primo grado, vengano riferite, in appello, ad un provvedimento amministrativo diverso da quello impugnato *ab origine*. In proposito, infatti, la dottrina ha rilevato che la fattispecie provvedimentale pertiene contemporaneamente alla *causa petendi* e al *petitum*, costituendo essa l'elemento di congiunzione tra l'una e l'altro,⁵⁰ talché l'impugnazione di un nuovo provvedimento amministrativo si rifletterebbe direttamente sulla struttura della domanda originaria, determinandone un mutamento non consentito.

Ad ogni modo, pur volendo prescindere dalla specifica collocazione del provvedimento amministrativo all'interno dell'uno o dell'altro elemento costitutivo dell'azione, è incontestabile che lo stesso svolga, nel processo amministrativo, una funzione che caratterizza il contenuto sostanziale della domanda. Nel caso di specie, infatti, il provvedimento amministrativo rappresenta l'elemento – o, in termini più generali, il “fatto” giuridicamente rilevante – da cui è derivata la lesione della situazione protetta azionata in sede giurisdizionale; il fatto, detto altrimenti, che in quanto lesivo di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo (nei casi di giurisdizione esclusiva) fonda un'esigenza di tutela nei confronti della pubblica amministrazione dinanzi al giudice amministrativo. Di conseguenza, qualora i vizi di legittimità denunciati con il ricorso di primo grado venissero fatti valere, in appello, in relazione ad un altro provvedimento, il Consiglio di Stato si troverebbe a conoscere di una fattispecie lesiva diversa da quella sottoposta alla cognizione del primo giudice, con conseguente ampliamento del *thema decidendum*, non consentito alla luce dell'art. 104, comma 1 c.p.a..

c) Del pari, la giurisprudenza ha inteso in termini di *mutatio libelli* anche l'allegazione, per la prima volta in appello, di nuovi vizi-motivi di illegittimità

⁵⁰ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 334.

riferiti al provvedimento amministrativo originariamente impugnato,⁵¹ ovvero relativi, più in generale, all'episodio di esercizio del potere già sottoposto alla cognizione del giudice di primo grado. L'impostazione in oggetto sottende, dunque, un orientamento della giurisprudenza volto ad assegnare al motivo di ricorso una funzione individuatrice della domanda giudiziale, nel senso che la deduzione di un nuovo vizio-motivo equivale all'introduzione di una domanda nuova o comunque diversa da quella di prime cure.⁵²

Ragionando in questi termini, l'allegazione in appello di un diverso vizio di legittimità verrebbe a tradursi nella prospettazione di un "nuovo elemento costitutivo" della pretesa azionata in giudizio. Tale affermazione si spiega considerando che, nel processo amministrativo, la pretesa soggettiva fatta valere dal ricorrente si rapporta sempre con l'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione, di guisa che la soddisfazione di quella pretesa, e i limiti di tale soddisfazione, sono strettamente collegati con le regole e i principi che disciplinano il potere.⁵³ In altri termini, in tanto la pretesa azionata in giudizio può essere accertata siccome fondata, in quanto sia accertato che l'Amministrazione, nell'episodio di esercizio del potere sottoposto all'esame del

⁵¹ Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 2014, n. 6079.

⁵² Circa il problema della funzione da assegnare al motivo di ricorso, cfr. quanto già osservato nel cap. III, sez. *prima*, par. 2.

⁵³ Cfr., CERULLI IRELLI V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, cit., p. 144, ove si pone in risalto che il giudice amministrativo è chiamato ad accertare la fondatezza delle pretese sostanziali del soggetto (la sua aspirazione ad ottenere o a preservare un bene) alla stregua del modo dell'esercizio del potere di cui si tratta, nonché del tipo di potere di cui si tratta, in ordine alla situazione concreta. «Se vincolato o parzialmente vincolato, la pretesa potrà senz'altro essere soddisfatta una volta accertato da parte del giudice che il potere non è stato esercitato *iure*; se pienamente discrezionale, la pretesa del soggetto potrà trovare solo parziale soddisfazione nell'annullamento dell'atto lesivo, ciò che soddisfa il suo interesse strumentale [...] ma non gli assicura il bene della vita agognato». Analogamente, MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 50, il quale sottolinea che «l'interesse del soggetto passivo non è privo di protezione a fronte del potere; questa [protezione], infatti, è conferita dalle norme, legali o convenzionali, disciplinanti il potere, che qualificano i fatti costitutivi da cui sorge e prevedono le regole da osservare in occasione del suo esercizio».

giudice, abbia agito *iniure*.⁵⁴ La protezione giuridica che l'ordinamento accorda all'interesse sostanziale dell'amministrato al cospetto del potere amministrativo deriva insomma dalle norme contenenti le regole che governano l'esercizio del potere. Di qui, l'illegittimità dell'episodio di esercizio del potere rappresenta la ragione (*causa petendi*) che fonda la richiesta di tutela della situazione protetta vantata dal ricorrente.⁵⁵ Ciò spiega, di conseguenza, perché l'allegazione di un nuovo vizio-motivo di legittimità può incidere sulla struttura della *causa petendi*, determinandone una modificazione non consentita nel giudizio d'appello.⁵⁶

Come si nota, peraltro, l'allegazione del nuovo vizio determina una *mutatio* della domanda e della rispettiva *causa petendi*, pur restando inalterata la situazione giuridica di interesse legittimo o di diritto soggettivo di cui si invoca tutela. Il che non deve sorprendere, laddove, come appena ricordato, nel processo in esame la pretesa azionata in giudizio si fonda non solo sulla titolarità di una situazione protetta, ma anche sull'asserita illegittimità dell'episodio di esercizio del potere da cui è derivata la lesione (*iniure*) lamentata dal ricorrente.⁵⁷ Si tratta di una considerazione che mette in risalto come il problema della modificazione

⁵⁴ Il rovescio dell'affermazione riportata nel testo si coglie considerando che l'esercizio del potere, in conformità alle regole che lo disciplinano, può determinare legittimamente il sacrificio di un interesse sostanziale dell'amministrato, concernente un bene in grado di conferirgli un'utilità. In argomento, MOTTO A., *op. ult. cit.*, pp. 45 ss..

⁵⁵ A riguardo, MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 473, ove l'A. osserva che data la stretta correlazione tra la tutela della situazione protetta e l'accertamento dell'illegittimità in cui è incorsa l'Amministrazione, l'interesse legittimo (ma analogo discorso vale anche per il diritto soggettivo) «non può dirsi leso in un significato giuridicamente rilevante – e non se ne può quindi invocare la tutela – ove non si dia un vizio di legittimità; e un siffatto vizio non ha rilievo (in un giudizio amministrativo) ove non attenga a un agire dell'amministrazione che possa dirsi causativo di una lesione di un interesse legittimo».

⁵⁶ In tal senso, anche SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 334, il quale sposa la tesi secondo cui la deduzione di nuovi motivi si traduce in una modifica della *causa petendi*, osservando che l'introduzione, per la prima volta in appello, di un nuovo vizio-motivo, innegabilmente muta il fatto costitutivo della pretesa azionata.

⁵⁷ Impostazione, questa, che porta ad isolare due distinte dimensioni della *causa petendi*: una attiva, data dall'affermazione della situazione protetta di cui si è titolari; l'altra passiva, coincidente con il "fatto" lesivo da cui deriva l'interesse ad agire. A riguardo, cfr. MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile – Editio minor*, I, cit., p. 109. Su tali aspetti, si rinvia comunque al Cap. II, par. 3.

dell'oggetto del giudizio amministrativo non può essere affrontato in una dimensione esclusivamente processualistica, ma va esaminato alla luce della peculiare natura dell'oggetto di tale giudizio, la cui individuazione è particolarmente legata ad un profilo sostanziale, inerente il rapporto fra il singolo e l'amministrazione.⁵⁸

A questo punto si impongono delle precisazioni per meglio chiarire quando, in concreto, ricorra un nuovo vizio di legittimità e quando, al contrario, si sia dinanzi ad una sua mera specificazione o diversa formulazione consentita dalla legge. Distinzione, per vero, affatto articolata e sulla quale converrà operare per casi specifici.

Così, con riferimento al vizio della violazione di legge, la giurisprudenza ha precisato che non concreta domanda nuova e non soggiace, per l'effetto, al divieto di *ius novorum*, il riferimento fatto per la prima volta in appello ad una disposizione diversa da quella indicata in primo grado, purché vengano mantenuti fermi i fatti posti a fondamento del vizio dedotto e la regola sostanziale che si assume violata,⁵⁹ restando in questi casi inalterato il c.d. «vizio sostanziale in senso stretto».⁶⁰ In tale contesto, è interessante evidenziare come

⁵⁸ Di avviso contrario, GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 14, il quale, nell'affrontare il problema inerente alla modificazione dell'oggetto del giudizio, fa riferimento alla tesi secondo cui il profilo processualistico ha una sua autonomia (ciò di cui, in realtà, non si dubita neppure in questa sede), per inferirne che l'autonomia del profilo processualistico «può condurre a prescindere dall'individuazione dell'oggetto del giudizio».

⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3897, in cui si aggiunge che «il divieto di *ius novorum* in appello [...] deve infatti essere riferito a effettivi ampliamenti dell'oggetto della domanda giudiziale e non anche, come nel caso di specie, a mere puntualizzazioni della domanda originaria». Nella specie, il Consiglio di Stato, in un giudizio per l'annullamento dell'aggiudicazione di un contratto d'appalto, ha ritenuto che non costituisse nuova domanda la censurata violazione di una disposizione del capitolato di gara non richiamata nel ricorso originario, in quanto sarebbe risultata invariata l'argomentazione difensiva – prospettata sia in primo che in appello – circa l'avvenuta aggiudicazione sulla base di un'offerta che non avrebbe rispettato il contenuto tecnico minimo prescritto dal bando.

⁶⁰ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1223, in cui si aggiunge che «non è certo inammissibile la riproposizione in appello di censure dedotte in primo grado e assistite da una serie di argomenti maggiormente circostanziati, poiché essa non può essere definita come deduzione di motivi nuovi, tali essendo quelli la parte sostenga per la prima volta vizi rimasti del tutto sconosciuti in quella sede». Nella specie, il Supremo Consesso, in un giudizio d'annullamento di un diniego di

la giurisprudenza abbia posto l'accento sulla distinzione tra "norma" da un lato, e "disposizione" o "atto normativo" dall'altro, non potendosi considerare come elemento essenziale ed immutabile del vizio-motivo di ricorso la specifica indicazione della disposizione asseritamente violata,⁶¹ bensì solo l'individuazione della fattispecie normativa che disciplina quel tratto di esercizio del potere di cui si denuncia l'illegittimità.

D'altronde, è bene precisare che possono esservi più disposizioni volte a garantire il rispetto della medesima regola di diritto sostanziale,⁶² talché il passaggio dall'una all'altra disposizione, per censurare la violazione di legge in cui è incorsa l'Amministrazione, non comporta, di per sé solo, il riferimento ad una nuova norma giuridica, contenutisticamente diversa da quella richiamata in primo grado per denunciare la sussistenza del vizio di legittimità. Ciò si spiega considerando che il rapporto tra una disposizione e una norma non può declinarsi nei termini della corrispondenza biunivoca tra l'una e l'altra, laddove la disposizione, come già rilevato da Crisafulli, non è essa stessa la norma, bensì, «più propriamente, la formula istituzionalmente rivolta a porre o a rivelare la

autorizzazione per la realizzazione di un impianto eolico, ha inteso in termini di *emendatio libelli* la censura riproposta in appello dall'originario ricorrente, con cui questo ribadiva la violazione, da parte del provvedimento amministrativo impugnato, dell'art. 117, 3° comma Cost., questa volta anche per violazione delle norme interposte di cui all'art. 12, comma 10, d.lgs. 387/2003 (Codice dell'ambiente), e di cui al D.M. 10 settembre 2010, contenenti norme per la localizzazione degli impianti eolici e per il corretto inserimento di essi nel paesaggio.

⁶¹ Cfr. a riguardo BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, pp. 59-60, ove l'autorevole A. mette in rilievo come ciò che è indispensabile, ai fini dell'individuazione del vizio, è l'affermazione di una volontà di legge riferibile al singolo elemento che si suppone viziato, talché può ritenersi necessario e sufficiente, a tal fine, il riferimento al contenuto della regola violata. Ciò non significa, precisa l'A., che tale contenuto «possa essere indeterminato, che anzi deve essere precisamente determinato: ma non tanto determinato nei confronti della sua fonte, quanto riguardo alla sua stessa fattispecie». In termini analoghi, GIANNINI M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, I, 1956, p. 906, ove si sottolinea che dinanzi ai giudici di legittimità, l'indicazione della disposizione che si assume violata finisce per ridursi ad enunciato simbolico.

⁶² GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 64, il quale precisa che «è falso [...] che ad ogni disposizione corrisponda una, ed una sola, norma; come è falso che ad una norma corrisponda una, ed una sola, disposizione».

norma».⁶³ Di converso, va ritenuto che il passaggio da parte dell'appellante (già ricorrente) ad una fattispecie normativa effettivamente nuova, in quanto contenente una regola giuridica sostanzialmente diversa da quella cui si è fatto cenno in primo grado per denunciare la violazione di legge, dia luogo non già ad una mera variazione di *nomen juris*, bensì ad un diverso vizio-motivo di illegittimità con conseguente mutamento della *causa petendi*.⁶⁴ Difatti, nel processo amministrativo, il vizio-motivo di ricorso si caratterizza per il contestuale riferimento ad una fattispecie normativa e ad un episodio di esercizio del potere che concreta la difformità da quella fattispecie normativa. Di qui, anche il mutamento di uno solo tra i due suddetti elementi può comportare la deduzione di un nuovo vizio-motivo.⁶⁵

In relazione, invece, all'eccesso di potere si è ritenuta innanzitutto inammissibile in appello l'allegazione di un fatto che, sebbene riconducibile allo stesso profilo (o figura sintomatica) di eccesso di potere dedotto in primo grado, risulti sostanzialmente diverso dal fatto lesivo sottoposto alla cognizione del primo giudice, venendosi a configurare, nel caso di specie, un apprezzamento del vizio in esame da una diversa prospettiva, destinata ad ampliare il *thema decidendum*.⁶⁶ Volendo esemplificare: dedotta in primo grado la disparità di trattamento, prendendo come termine di paragone la situazione di fatto e di diritto in cui versava il soggetto X, non potrebbe censurarsi in appello lo stesso profilo dell'eccesso di potere facendo riferimento alla (differente) situazione di fatto e di diritto del soggetto Y.

⁶³ CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, p. 196. Dello stesso avviso, GIANNINI M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, cit., pp. 906-908.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2011, n. 367. Nel caso di specie, il Supremo Consesso ha ravvisato gli estremi della *mutatio libelli* in un caso in cui, con il ricorso introduttivo, la parte ricorrente aveva ricollegato l'illegittimità del provvedimento impugnato al mancato rispetto del termine procedimentale di 90 giorni per l'adozione del provvedimento medesimo, laddove in pendenza di giudizio essa, pur lamentando nuovamente la tardività del provvedimento, censurava il mancato rispetto di un diverso termine procedimentale previsto da un'ulteriore disposizione.

⁶⁵ Sul punto, ampiamente, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 302-306 e pp. 326 ss.; CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 137 ss. (spec. p. 141-142). Si veda altresì quanto già rilevato nel Cap. III, sez. prima, par. 3.

⁶⁶ Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2004, n. 331.

Allo stesso tempo, è stato ricompreso nel divieto di *ius novorum* anche il mutamento dello specifico profilo di eccesso di potere fatto valere in giudizio.⁶⁷ Così, ad esempio, censurata in primo grado la violazione del principio di proporzionalità, non potrebbe essere dedotta in appello, da parte dell'originario ricorrente, la disparità di trattamento posta in essere dall'Amministrazione, in relazione a situazioni sulle quali essa aveva in precedenza provveduto. La modificazione operata in appello consegnerebbe altrimenti, al giudice *ad quem*, un profilo del vizio diverso da quello prospettato inizialmente, con conseguente ampliamento del tema d'indagine. In particolare, nell'esempio surrichiamato, il giudice sarebbe tenuto a svolgere un'indagine comparativa, volta ad accertare la disparità di trattamento, riguardo ad una situazione di fatto giuridicamente rilevante non allegata in primo grado.⁶⁸ Né può ritenersi che il generico riferimento all'eccesso di potere, operato in prime cure, possa caratterizzarsi per una valenza omnicomprensiva, in forza della quale il giudice sarebbe chiamato ad accertare l'illegittimità dell'atto impugnato, con riferimento a tutti i principi generali la cui violazione dà luogo al c.d. vizio della funzione.⁶⁹ L'insostenibilità

⁶⁷ Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3073. Così, in dottrina, anche CORLETTI D., *Commento all'art. 104 Codice del processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di LOPILATO V. – QUARANTA A., Milano, 2010, p. 800; FRATINI M., *L'opposizione alle sanzioni amministrative. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008, p. 588.

⁶⁸ A tal proposito, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 306-313, aveva evidenziato che il riferimento ad un diverso profilo dell'eccesso di potere avrebbe implicato l'invocazione di una fattispecie normativa nuova, sebbene, a differenza di quanto accade per la violazione di legge, non si sarebbe trattato di fattispecie normative specifiche, desumibili da puntuali disposizioni di legge o di regolamento, bensì di fattispecie normative generiche, enucleabili dai principi generali che regolano l'azione amministrativa. Di qui, si sosteneva, anche nel caso dell'eccesso di potere, così come nell'ipotesi della violazione di legge, il mutamento della fattispecie normativa asseritamente violata non poteva dirsi possibile, determinandosi altrimenti un mutamento del vizio-motivo, e, quindi, del fatto costitutivo della pretesa azionata. Si tratta di un'interpretazione autorevole, ma non del tutto condivisibile, ove si consideri che nel caso dell'eccesso di potere, il passaggio dall'uno all'altro dei profili in cui esso può manifestarsi, non comporta semplicemente il riferimento ad una nuova fattispecie normativa, ma può tradursi, come ben evidenziato nel testo, nell'allegazione di un nuovo fatto materiale, inizialmente sconosciuto al giudice di primo grado.

⁶⁹ Sulle tecniche di rilevazione dell'eccesso di potere da parte del giudice amministrativo, cfr. SCOCA F.G. – D'ORSOGNA M., *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a

di un tale assunto è presto spiegata se si considera che l'accertata violazione di questo o quel principio generale che governa l'esercizio della funzione amministrativa, può dar luogo a vincoli conformativi di diversa ampiezza e contenuto sul riesercizio del potere da parte della stessa Amministrazione, determinando, in favore del ricorrente, il conseguimento di utilità giuridiche tra loro differenti. Il tutto assume un particolare significato ai fini che qui interessano, laddove si tenga presente, da un lato, che la questione relativa alla novità, o meno, di una domanda giudiziale è strettamente correlata all'individuazione del bene della vita in relazione al quale la tutela è richiesta;⁷⁰ dall'altro lato, che la stessa *mutatio libelli* si caratterizza per l'introduzione in giudizio di un diverso fatto giuridico, inteso, per l'appunto, come presupposto oggettivo cui l'ordinamento attribuisce determinati effetti.⁷¹

Ciò, tuttavia, non significa che sia senz'altro preclusa al ricorrente la correzione di un banale errore di denominazione del vizio dedotto *ab origine*. Invero, se in primo grado è stato denunciato come violazione del principio di proporzionalità ciò che si intendeva far valere come violazione del principio della parità di trattamento (risultando ciò confermato dal fatto che il ricorrente lamentava fin dall'inizio, nei confronti della P.A., una disparità di trattamento rispetto ad altri soggetti versanti in situazioni oggettivamente identiche), è chiaro che al ricorrente debba essere consentito, anche in sede di gravame, operare una rimodulazione del *nomen iuris*, poiché il vizio effettivamente dedotto non subisce alcuna sostanziale modificazione, stante l'identità del fatto lesivo dal quale sorge la pretesa all'annullamento dell'atto illegittimo. In tale prospettiva, coglie nel

cura di SCOCA F.G., Torino, 2008, p. 311, nella parte in cui si sottolinea che il vizio in esame si è andato trasformando da vizio ad accertamento sintomatico a vizio ad accertamento diretto, implicando esso la violazione diretta ed immediata di principi generali. In tal senso, altresì CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 351, ove si sottolinea che l'eccesso di potere «si traduce (si riduce) nell'inadempimento dell'obbligo dell'amministrazione di comportarsi secondo le clausole generali, che rende la sua condotta illegittima (*contra ius*) ed, eventualmente, illecita». In argomento, anche CARDI E. – COGNETTI S., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, cit., pp. 341 ss..

⁷⁰ Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2016, n. 9333.

⁷¹ Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1796; sez. VI, 1° dicembre 2006, n. 7094.

segno l'osservazione formulata nell'ambito della dottrina processualcivilistica, ove si è rilevato che «il *nomen iuris* dei fatti allegati dalla parte può essere mutato dalla parte stessa o *ex officio* ma a condizione che resti fermo l'effetto giuridico individuato nella domanda». ⁷²

3.1. (Segue): caratteri generali dell'*emendatio libelli* ed individuazione delle specifiche ipotesi di modificazioni consentite della domanda.

A questo punto, tenendo conto delle fattispecie ricondotte al *genus* della *mutatio libelli*, possono isolarsi, mediante un'interpretazione *a contrario*, anche le diverse ipotesi di *emendatio* della domanda consentite in grado d'appello. Ipotesi, è bene evidenziarlo, da ritenere eccezionali, laddove la facoltà di modificare la domanda non deve tramutarsi nella possibilità di correggere in corso di causa le mancanze della propria strategia difensiva, tanto più che quello amministrativo, come quello civile, è da tempo considerato un processo di parti, di guisa che grava sul ricorrente l'onere di definire fin dall'inizio il contenuto del *thema decidendum*, nella maniera più confacente alla tutela della propria situazione protetta.⁷³ La modificazione della domanda, pertanto, va assoggettata ad un controllo stringente laddove, da un lato, è necessario salvaguardare il diritto di difesa della parte che tale modificazione subisce; e dall'altro lato, occorre evitare eccessivi effetti distorsivi sul procedimento giurisdizionale, il cui corretto ed ordinato svolgimento potrebbe risultare minato sotto il profilo della

⁷² Così, FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 88-89.

⁷³ Cfr., a riguardo, MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 472, il quale ritiene «ormai radicata la configurazione del processo amministrativo come processo di parti [...], in quanto processo caratterizzato dalla disponibilità, per le parti, delle pretese e delle prove (come anche del processo stesso e della decisione) e quindi ispirato, innanzi tutto, al principio dell'iniziativa di parte, che demanda al ricorrente l'individuazione dell'oggetto del giudizio, come affermazione della sussistenza di una realtà e di una sua qualificazione giuridica (*causa petendi*) e, sulla base di essa, come richiesta al giudice di provvedere in conseguenza (*petitum*)».

concentrazione.⁷⁴ In tale contesto, l'*emendatio libelli* non può sottendere un'attività volta alla costruzione progressiva della domanda, ma è volta piuttosto ad un semplice "aggiustamento" di un'entità sostanzialmente compiuta nei suoi elementi costitutivi del *petitum* e della *causa petendi*.⁷⁵ D'altra parte, è proprio l'architettura della domanda, informata agli elementi del *petitum* e della *causa petendi* a costituire, già di per sé, una sorta di struttura rigida che concede alla modificazione uno spazio ridotto⁷⁶ e che, per tali ragioni, produce l'effetto di impedire generalmente in appello l'ampliamento dello schema formale entro il quale era stato chiamato a decidere il giudice di prime cure.

In questo quadro, la giurisprudenza amministrativa è solita affermare, in maniera abbastanza tralatizia, che l'*emendatio libelli* ricorra qualora si incida sulla *causa petendi*, modificando soltanto l'interpretazione o la qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, ovvero si incida sul *petitum*, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere.⁷⁷ Si tratta invero di una formula generale, elaborata dalla giurisprudenza processualciviltistica⁷⁸ e ritenuta valida anche per il processo amministrativo.

Tuttavia, sulla base di quanto detto finora in relazione alla *mutatio libelli* e ai casi a questa riconducibili, è bene verificare se la definizione giurisprudenziale appena riportata si attagli del tutto alla peculiare realtà del processo amministrativo o debba subire, di converso, degli adattamenti resi necessari dalla particolare natura dell'oggetto su cui si esplica la cognizione del giudice in tale processo.

⁷⁴ A riguardo, GAMBA C., *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda*, cit., p. 75.

⁷⁵ GAMBA C., *op. ult. cit.*, p. 53.

⁷⁶ GAMBA C., *op. ult. cit.*, pp. 131 ss., la quale, in senso critico (spec. p. 138), segnala che l'adesione al modello astratto basato sugli elementi del *petitum* e della *causa petendi*, e in particolare, il carattere vincolante attribuito alle enunciazioni sui fatti, «può comportare una semplificazione e una riduzione eccessive rispetto alla configurazione reale del conflitto», impedendo alle parti un opportuno adeguamento della formulazione della domanda alla realtà complessa della lite.

⁷⁷ Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6403; sez. IV, 2 marzo 2011, n. 1357.

⁷⁸ Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2015, n. 8394; sez. III, 30 agosto 2013, n. 19958; sez. III, 19 aprile 2010, n. 9266; sez. lav., 27 luglio 2009, n. 17457.

La questione si pone, segnatamente, per quanto concerne l'eventuale modifica della qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, o meglio della pretesa, fatta valere in giudizio. Ipotesi che secondo la definizione pretoria di *emendatio libelli* andrebbe intesa senz'altro alla stregua di una modificazione della domanda, consentita, per l'appunto, anche in pendenza del processo in ogni suo stato e grado. Senonché, per quanto visto in precedenza, analizzando i casi ascrivibili al *genus* della *mutatio libelli*, è necessario ricordare che il mutamento della qualificazione giuridica del "fatto" lesivo commesso dall'Amministrazione, e dedotto dal ricorrente, può talvolta comportare dei problemi per quanto concerne il rispetto dei confini definiti con la domanda di primo grado. Ciò, in particolare, accade in quei casi in cui il passaggio ad un'altra fattispecie normativa, asseritamente violata dall'Amministrazione nell'esercizio del proprio potere, determina il mutamento del vizio di legittimità prospettato in giudizio, traducendosi, per l'effetto, nella modificazione di un fatto costitutivo della pretesa azionata. Discorso che vale soprattutto con riferimento ai fatti e agli atti censurati per violazione di legge: vizio rispetto al quale il sindacato del giudice è particolarmente rigido, in quanto ancorato allo specifico parametro normativo invocato dalle parti. Ne deriva che l'idea secondo cui la parte possa, a suo piacimento, applicare questo o quello schema giuridico ad un nucleo di fatti predefinito si fonda su una visione che non considera la stretta interrelazione che in taluni casi, soprattutto nel processo amministrativo, può correre tra il fatto lesivo dell'Amministrazione e la norma che, classificando come antigiusuridico quel fatto, fonda la pretesa azionata in giudizio dal ricorrente.

Di conseguenza, laddove si tenga presente che la diversa qualificazione giuridica di un fatto dedotto in giudizio è, talvolta, anch'essa potenzialmente idonea ad incidere sul contenuto della domanda originaria e, segnatamente, della rispettiva *causa petendi*, determinandone una modificazione non consentita, va parimenti rivista anche la definizione generale del concetto di *emendatio libelli* proposta dalla giurisprudenza. Per quanto osservato, infatti, l'effetto "bloccante" prodotto dalla domanda di primo grado, è tanto più accentuato quanto più assume valenza – nella valutazione della modifica – la fattispecie normativa per mezzo della quale viene individuata la *causa petendi*. Cosicché, proprio dal punto

di vista della *causa petendi*, dovrebbe ritenersi più confacente ai rilievi svolti poc'anzi una modificazione della domanda ammessa purché non si verifichi una variazione del "fatto giuridico" posto a fondamento della pretesa azionata,⁷⁹ né si introduca un elemento di mutazione del fatto costitutivo della stessa pretesa.⁸⁰ In tale prospettiva, insomma, la distinzione tra *mutatio* ed *emendatio* della (ragione della) domanda passa tutta per l'alterazione dei fatti giuridici allegati originariamente nel ricorso, potendosi considerare virtualmente compresa in quella originaria solo la domanda fondata su situazioni giuridiche soggettive non diverse per consistenza ontologica e su fatti lesivi (espressione di un potere amministrativo esercitato *iniure*) identici per struttura e qualificazione giuridica, da quelli prospettati con la domanda iniziale.⁸¹

Non si nega, d'altra parte, che, così argomentando, lo spazio riservato all'*emendatio libelli* sia fortemente ridotto, tanto da potersi seriamente dubitare che, in relazione ai fatti costitutivi della pretesa, si abbiano serie possibilità di modificazioni consentite in grado d'appello.⁸² Ciò, tuttavia, non deve condurre a

⁷⁹ Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6403, ove è stata dichiarata inammissibile, nel corso del giudizio, la prospettazione di un nuovo profilo del danno che aveva fondato l'originaria pretesa risarcitoria, in quanto l'ulteriore profilo allegato dal ricorrente sarebbe derivato da un fatto giuridico diverso da quello denunciato *ab origine*. Nella specie, con il ricorso originario la parte ricorrente aveva prospettato un danno asseritamente determinato dalla reiterazione di vincoli espropriativi imposti su un'intera area di sua proprietà; al contrario, in relazione a due circoscritte porzioni di tale area, la stessa ricorrente aveva successivamente prospettato un danno prodottosi per effetto di un'ablazione *sine titulo* della proprietà privata. Ipotesi, quest'ultima «collegata ad una ben differente violazione del diritto positivo».

⁸⁰ In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 1° dicembre 2006, n. 7094; sez. V, 28 maggio 2004, n. 3459; sez. V, 30 ottobre 1993, n. 1129.

⁸¹ Sul punto, coglie nel segno la definizione di SAITTA F., *Motivi aggiunti in appello: le prime indicazioni giurisprudenziali alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2011, XI, p. 2420, secondo cui «possono considerarsi non "nuovi", come tali ammissibili in appello, soltanto i motivi che costituiscano una puntualizzazione di quelli dedotti in primo grado; situazione che ricorre allorché nessuna modificazione sia intervenuta nel contenuto sostanziale della *causa petendi*, intesa come complesso di fatto normativo e di fatto materiale che si assume antigiuridico, sicché non risulta menomato il diritto di difesa della controparte».

⁸² A tal proposito, invero, tra le ipotesi in cui più di frequente si ammette la possibilità di una rimodulazione della *causa petendi* v'è quella della deduzione di ulteriori titoli di acquisto del diritto

conclusioni affrettate nel senso di un sistema processuale totalmente chiuso all'ampliamento del *thema decidendum* nel giudizio di secondo grado, sia perché il processo amministrativo d'appello conosce il particolare strumento dei motivi aggiunti (di cui *infra*, par. 5), sia perché lo spazio operativo riservato all'*emendatio libelli*, assai ristretto sotto il profilo della *causa petendi*, presenta un'apprezzabile estensione in relazione al *petitum* della domanda originaria. Sotto quest'ultimo profilo appare utile, pertanto, passare in rassegna, da un punto di vista empirico, le ipotesi in cui la modificazione della domanda è generalmente ammessa anche in sede di gravame.

a) In tal senso, segnatamente, la giurisprudenza ritiene innanzitutto possibile una limitazione del *petitum* originario, tenuto conto che una siffatta limitazione non va intesa nei termini della *mutatio libelli*, ma si configura piuttosto come rinuncia parziale al ricorso originario.⁸³

b) Del pari, la stessa giurisprudenza ritiene ammissibile la modificazione del *petitum* laddove si intenda ampliarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa azionata. Così, è stata ascritta al *genus* dell'*emendatio libelli* l'allegazione in appello di una domanda volta ad ottenere la retrodatazione del contratto di lavoro stipulato *medio tempore* tra ricorrente ed Amministrazione, laddove, in primo grado, l'originaria ricorrente aveva chiesto il solo annullamento della graduatoria di un pubblico concorso, nonché l'accertamento del proprio diritto all'attribuzione del giusto punteggio e la

reale controverso. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2014, n. 5985, in relazione ad una servitù di pubblico passaggio. Tale orientamento, tuttavia, come meglio precisato in sede processualciviltistica, si spiega in forza della particolare natura della proprietà e degli altri diritti reali di godimento, appartenenti alla categoria dei c.d. diritti autodeterminati, individuati sulla base della sola indicazione del relativo contenuto, rappresentato dal bene che ne forma oggetto. Ne consegue che la *causa petendi* delle relative azioni giudiziarie si identifica con il diritto stesso e non con il relativo titolo che ne costituisce la fonte, la cui deduzione non svolge, per l'effetto, alcuna funzione di specificazione della domanda, ma è rilevante ai soli fini della prova (cfr. Cass. civ., sez. II, 17 novembre 2014, n. 24400).

⁸³ Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3856. Nella specie, il giudice amministrativo ha ritenuto non confliggente con il divieto di *ius novorum*, la domanda dell'appellante volta ad ottenere la sola retrodatazione dell'atto di nomina alla carica di consigliere regionale, avendo l'appellante rinunciato alla retrodatazione degli effetti economici connessi a tale carica, a tutela dei quali aveva agito in primo grado.

conseguente modifica della graduatoria stessa. A tal proposito, il Consiglio di Stato ha infatti rilevato che la domanda di retrodatazione, lungi dal configurare una pretesa autonoma, costituisce una mera *emendatio libelli*, trattandosi di una diretta conseguenza – sotto la specie della richiesta implicita di una completa *restituito in integrum* – dell'illegittimità della graduatoria impugnata *ab origine*, che avrebbe dovuto contemplare al primo posto l'originaria ricorrente.⁸⁴ In termini più generali, se ne ricava che, stante la sostanziale identità dell'*utilitas* per il cui conseguimento la ricorrente invoca tutela in sede giurisdizionale, e fermi restando i fatti costitutivi rilevanti per l'attribuzione del bene della vita agognato, può ammettersi, anche in appello, un parziale ampliamento del *petitum*.

c) Sempre nell'ottica dell'*emendatio libelli*, la giurisprudenza ammette una limitata modificabilità del *petitum* allorquando l'appellante avanzi in appello una pretesa non obiettivamente nuova, bensì ascrivibile, in linea di principio, al tipo di tutela (di annullamento, risarcitoria ecc.) già invocata in prime cure, purché non vengano modificati i fatti giuridici posti a fondamento della pretesa.⁸⁵ Su tali basi, ad esempio, in un giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno derivante da un'occupazione acquisitiva, si è ritenuta ammissibile la domanda, avanzata in appello, volta ad ottenere la restituzione del terreno illegittimamente occupato, laddove in primo grado la tutela risarcitoria era stata invocata “solo” per equivalente.⁸⁶ In via del tutto speculare, è stata intesa come espressione della

⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3914.

⁸⁵ Al contrario, il Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3611, ha ravvisato gli estremi della *mutatio libelli* in un caso in cui, pur restando sostanzialmente immutato il *petitum*, volto ad ottenere una tutela in forma risarcitoria, si era determinata una modificazione della *causa petendi*, «con la sostituzione, quale fatto costitutivo (complesso) della pretesa risarcitoria azionata in giudizio, della fattispecie di responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ. con la diversa fattispecie di responsabilità oggettiva, slegata dall'elemento soggettivo della colpa». In senso analogo, Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 483; sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8689.

⁸⁶ Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2011, n. 3331, in cui si è altresì precisato che «la doppia azione risarcitoria e restitutoria costituisce espressione della tutela approntata dall'ordinamento in favore dell'amministrato, in base alla quale la tutela in forma specifica e quella per equivalente appaiono come mezzi concorrenti per conseguire la riparazione del pregiudizio subito». In senso analogo, Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2014, n. 306: «La restituzione del bene, previa eventuale riduzione in pristino, costituisce modalità di risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058

facoltà di *emendatio libelli* la deduzione in appello di una pretesa risarcitoria per equivalente, in luogo della reintegrazione in forma specifica domandata in primo grado.⁸⁷ Al contrario, il Consiglio di Stato ha qualificato in termini di *mutatio libelli* l'allegazione di una domanda tesa al riconoscimento del danno esistenziale, non formulata nel ricorso introduttivo rivolto al giudice di prime cure, dinanzi al quale era stata richiesta una tutela risarcitoria per danni di natura esclusivamente economica. Nel caso di specie, d'altronde, quel che rileva ai fini della *mutatio libelli* non è tanto l'allegazione di un diverso *petitum*, riconducibile ad una forma di tutela pur sempre risarcitoria, quanto piuttosto l'allegazione di nuovi fatti giuridici – e, per l'effetto, di una nuova *causa petendi* – che il giudice avrebbe dovuto conoscere per scrutinare la fondatezza della domanda formulata nelle more del giudizio.⁸⁸

d) Da ultimo, è da ritenersi ammissibile in sede d'appello anche una mera precisazione quantitativa del *petitum*, in quanto si è giustamente dimostrato che la quantificazione del *petitum* mediato divisibile non attiene agli elementi di identificazione della domanda.⁸⁹ In tal senso, il Consiglio di Stato ha dichiarato

cod. civ., alternativa al risarcimento per equivalente e, quindi, mezzo concorrente per conseguire la riparazione del pregiudizio subito; di conseguenza è da escludere che la scelta, in corso di giudizio, per una delle due modalità costituisca una *mutatio libelli*, risolvendosi solo in una *emendatio libelli*.

⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2012, n. 4067.

⁸⁸ Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6233, in cui si specifica che il «danno esistenziale consiste infatti in una lesione del bene salute, che si colloca e si dipana nella sfera dinamico - relazionale del soggetto, come conseguenza, ma autonoma, di una lesione medicalmente accertabile, così che il giudice, identificata l'indispensabilità della situazione soggettiva protetta a livello costituzionale e lesa dall'azione illecita, deve valutare rigorosamente sia l'aspetto interiore del danno (la sofferenza morale) sia il suo impatto modificativo *in pejus* sulla vita quotidiana (il danno esistenziale) (Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22585)».

⁸⁹ CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, cit., § 28; CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., pp. 187 ss. (spec. p. 191), il quale precisa che non per questo l'indicazione fornita dall'attore/ricorrente in ordine alla quantità del bene richiesto debba ritenersi totalmente irrilevante. Sul punto, infatti, l'A. mette in guardia dal confondere la descrizione necessaria per individuare la domanda con quanto è necessario per assicurarne l'accoglimento, affermando che «se il diritto può essere indicato, per la prima prospettiva, anche senza la sua quantificazione, questa si profila necessaria per il secondo aspetto, quante volte si tenda a conseguire tutela per un diritto determinato nel suo ammontare. Pertanto, la produzione degli elementi atti a fondare la misura del

ad esempio ammissibile la domanda con la quale veniva modificato il *quantum* del risarcimento richiesto nei confronti dell'Amministrazione, in un caso in cui l'appellante aveva rettificato il *dies a quo* per il computo risarcitorio.⁹⁰

All'esito dell'analisi che precede, non si nasconde comunque l'elevato grado di difficoltà nell'individuazione di un sicuro *discrimen* tra *mutatio* ed *emendatio libelli*. In termini generali si coglie, in giurisprudenza, la necessità che tra l'oggetto originario del giudizio, e l'oggetto risultante dalle modificazioni occorse in appello, sussista un certo rapporto che consenta di ricondurre le modificazioni in parola nell'alveo del giudizio di primo grado.

Quel che certamente può rilevarsi, è che l'elaborazione giurisprudenziale, nel fare applicazione concreta del divieto di nuove domande in appello, ricorre ad un modello di domanda giudiziale caratterizzato da una notevole rigidità, ed informato ad una concezione quanto più ristretta della *causa petendi*, coincidente con il singolo "fatto giuridico" posto a fondamento della pretesa azionata. Talché, se risulta certamente preclusa l'allegazione in appello di nuovi fatti materiali a sostegno del *petitum* originario, in alcuni casi il divieto di *ius novorum* opera anche in maniera più stringente, nel senso di impedire all'originario ricorrente di censurare l'illegittimità dell'episodio di esercizio del potere, allegando la violazione di una nuova fattispecie normativa, vale a dire di una regola di diritto sostanziale completamente diversa da quella invocata in prime cure a fondamento del vizio dedotto. In tale contesto può dirsi, insomma, che la specificità del processo amministrativo, quale processo in cui la tutela della situazione protetta passa attraverso un sindacato di legittimità del potere asseritamente esercitato *iniure*, incide sull'architettura della domanda giudiziale e dei vizi-motivi con essa dedotti, i quali, come già ricordato *supra* (Cap. III, sez. seconda, par. 3), si caratterizzano per il riferimento ad una fattispecie normativa (da non confondere con il diverso concetto di disposizione normativa) e ad un accadimento della realtà materiale che concreta la difformità dell'episodio di esercizio del potere dalla fattispecie normativa invocata. Di qui, anche il

diritto fatto valere costituisce attività necessaria per la fondatezza della domanda», non anche per la sua identificazione.

⁹⁰ Cons. Stato, sez., VI 24 febbraio 2014, n. 857.

mutamento di una sola delle componenti del vizio-motivo può comportare la deduzione di un vizio diverso, e così trascendere i confini della *causa petendi* dell'originaria domanda.

4. Presunti temperamenti, previsti *ex lege*, al divieto di nuove domande in appello.

Il legislatore del *Codice*, pur avendo offerto al divieto di nuove domande un espresso addentellato normativo con l'art. 104, comma 1 c.p.a., pare aver tipizzato, allo stesso tempo, una serie di ipotesi *lato sensu* "derogatorie" che, in relazione alle sole domande, sono individuabili: *a)* nella possibilità di richiedere gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata; *b)* nella possibilità di domandare il risarcimento dei danni subiti a seguito della pronuncia di primo grado; *c)* nella previsione di una conversione dell'azione di annullamento in una di accertamento dell'illegittimità; *d)* nella possibilità di proporre motivi aggiunti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati.

In disparte la proponibilità dei motivi aggiunti, tema che verrà affrontato specificamente nel successivo paragrafo, occorre esaminare le restanti fattispecie sopra richiamate per attestare se, ed in quale misura, esse possano vantare un'effettiva natura derogatoria rispetto al generale divieto di *ius novorum* per quanto riguarda le nuove domande in appello.

A tal proposito, principiando dalla possibilità di domandare in sede di gravame gli interessi e gli accessori maturati a seguito della sentenza di primo grado, v'è da rilevare come la dottrina abbia fortemente posto in discussione l'efficacia derogatoria di tale previsione rispetto al generale divieto di sottoporre nuove domande alla cognizione del giudice dell'impugnazione.⁹¹ Invero, tenendo conto delle considerazioni svolte circa la modificabilità o meno del *petitum* in

⁹¹ CARLOTTI G., *Il divieto dei nova in appello*, cit., pp. 726 ss..

appello, va ricordato che il divieto di *nova* opera, proprio in relazione al *petitum*, lungo due fondamentali linee direttrici, in quanto da un lato preclude all'appellante di chiedere una forma di tutela radicalmente diversa da quella invocata in prime cure, e dall'altro lato, vieta di domandare in appello l'attribuzione di un bene della vita, ossia di un'utilità giuridica, ontologicamente diversa da quella richiesta nel giudizio di primo grado. Di converso, come pur osservato in precedenza (cfr. *supra*, Cap. III, sez. *seconda*, par. 3.1.), va ritenuta ammissibile in sede d'appello una mera precisazione quantitativa del *petitum*, ricordando che la quantificazione di un *petitum* divisibile non incide sugli elementi di identificazione della domanda, nel senso di una sua modificazione non consentita. Se ciò è vero, può allora negarsi agevolmente che la possibilità di domandare, per la prima volta in appello, gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata configuri un'ipotesi derogatoria rispetto al divieto generale di cui all'art. 104, comma 1 c.p.a., giacché sia gli interessi che gli accessori (questi ultimi da poter intendere in termini di "rivalutazione" della somma già richiesta in prime cure) rappresentano, in realtà, gli strumenti giuridici di esatta determinazione quantitativa di un debito già individuato nel *petitum* originario.⁹²

Altrettanto discutibile si dimostra la natura derogatoria, rispetto al divieto di nuove domande, della previsione che ammette la possibilità di richiedere per la prima volta in appello il risarcimento dei danni subiti a seguito della sentenza oggetto d'impugnazione. Difatti, nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, la norma in oggetto postula che in primo grado sia già stato richiesto il risarcimento dei danni,⁹³ restando per contro inammissibile la domanda risarcitoria proposta per la prima volta in appello.⁹⁴ In tal senso, segnatamente, il Consiglio di Stato ha richiamato l'orientamento della Corte di legittimità relativo all'analogia previsione contenuta nell'art. 345 c.p.c.. Orientamento secondo il quale il risarcimento dei danni subiti a seguito della sentenza di primo grado può

⁹² CARLOTTI G., *op. ult. cit.*, pp. 726 ss.. In senso analogo, SANINO M., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 154.

⁹³ Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2012, n. 3440; sez. V, 30 giugno 2011, n. 3913.

⁹⁴ Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2011, n. 6364.

essere richiesto in sede d'appello solo se nel giudizio di prime cure sia già stata proposta un'azione di danni,⁹⁵ tenuto conto che la giustificazione di tale previsione risiede nel presupposto che, nel corso del giudizio, si incrementino le conseguenze dannose del medesimo fatto generatore posto a fondamento della pretesa risarcitoria di prime cure, senza che gli ulteriori danni siano ricollegabili anche a fatti nuovi e diversi.⁹⁶

Ne consegue che con la previsione di cui all'art. 104, comma 1 c.p.a., il legislatore si è limitato ad ammettere che in sede d'appello possa domandarsi il ristoro dei danni ulteriori verificatisi nelle more del processo. Sicché, anche in tal caso, si è in presenza di un semplice sviluppo della domanda di primo grado e, più precisamente, di una specificazione quantitativa del *petitum* originario, venendo in rilievo, come per gli interessi e gli accessori domandati in appello, un'ipotesi di *emendatio libelli*, più che una fattispecie di mutamento della domanda consentita in deroga al generale divieto di *ius novorum*.

Non pare esprimere una rilevante deroga al divieto dei *nova* in appello neppure la clausola contenuta nell'art. 104, comma 1 c.p.a., che, nel rinviare alla previsione contenuta nell'art. 34, comma 3 c.p.a., consente di convertire, anche nel giudizio di secondo grado, l'azione di annullamento in azione di accertamento qualora, nelle more del processo, venga a determinarsi una sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento dell'atto impugnato, residuando tuttavia un interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori.⁹⁷

La circostanza che la previsione anzidetta sia stata richiamata all'interno di una disposizione relativa alla tematica delle nuove domande ha indotto, in un primo momento, parte della dottrina ad intendere la norma in esame come implicante la possibilità di proporre *ex novo* una domanda di risarcimento nel

⁹⁵ Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067.

⁹⁶ Cass. civ., sez. lav., 22 ottobre 2013, n. 23949.

⁹⁷ La fattispecie potrebbe ad esempio verificarsi nel caso di un intervento in autotutela da parte dell'Amministrazione, la quale, annullando *ex officio* il provvedimento impugnato in sede giurisdizionale determinerebbe un sopravvenuto difetto di interesse all'annullamento in capo al ricorrente.

secondo grado di giudizio.⁹⁸ Altra parte della dottrina, ha invece rilevato che l'effetto del combinato disposto di cui agli artt. 34, comma 3 e 104, comma 1 c.p.a., non sarebbe quello di fondare la possibilità per l'appellante (già ricorrente) di richiedere per la prima volta e direttamente in appello il risarcimento dei danni provocati dal provvedimento impugnato *ab origine*.⁹⁹

In questo quadro, l'esatta portata della norma è stata meglio precisata dalla giurisprudenza, la quale ha chiarito che la clausola contenuta nell'art. 104, comma 1 c.p.a., non fonda la possibilità di esperire direttamente in appello un'azione risarcitoria, ma concerne più semplicemente la possibilità di formulare per la prima volta, in sede di gravame, una domanda di accertamento dell'illegittimità di un atto già impugnato in primo grado. Ciò in funzione dell'interesse risarcitorio che può vantare l'originario ricorrente, qualora tra il giudizio di primo e di secondo grado sia venuto meno il suo interesse all'annullamento dell'atto.¹⁰⁰

In questi casi, l'accertamento sulla legittimità del provvedimento è rivolto unicamente alla verifica di uno dei presupposti (l'ingiustizia del danno) per il successivo esperimento dell'azione risarcitoria, mentre non ha nulla a che vedere con la tutela in forma specifica delle ragioni del ricorrente. La previsione codicistica non sembra porre allora particolari problemi in termini di compatibilità con il divieto di nuove domande in appello, giacché l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento lesivo non rappresenta, in senso stretto, la risposta del giudice ad una nuova domanda, bensì il risultato che deriva da un *petitum* comunque implicato dall'originaria azione di annullamento.¹⁰¹ Conclusione altresì suffragata dal rilievo per cui la domanda di accertamento rappresenta una componente insita in ogni altra azione, costituendo

⁹⁸ Si fa riferimento alla tesi inizialmente patrocinata da LUISO F.P., *Le impugnazioni nel progetto di Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, III, pp. 843 ss..

⁹⁹ TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 319; CREPALDI G., *Nuove prove in appello ed autonomia della disciplina del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2014, II, pp. 422 ss..

¹⁰⁰ Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3913, il quale ha altresì precisato che la domanda di parte resta in ogni caso indispensabile, atteso che il giudice non può pronunciare d'ufficio sull'illegittimità dell'atto, laddove sopravvenga una carenza di interesse all'annullamento.

¹⁰¹ In tal senso, CARLOTTI G., *Il divieto dei nova in appello*, cit., pp. 726 ss..

l'accertamento il nucleo essenziale ed imprescindibile di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale.¹⁰²

Ne consegue, per quanto sopra evidenziato, che le fattispecie tipizzate dal legislatore *ex art. 104, comma 1 c.p.a.*, non sottendono propriamente una deroga al divieto di nuove domande, posto che né nel caso della richiesta di interessi ed accessori, né in quello della conversione della domanda ovvero della richiesta degli ulteriori danni occorsi in pendenza di giudizio, può discorrersi di una domanda nuova *stricto sensu*. Non è un caso che un'autorevole dottrina, interrogandosi sulla portata dell'analoga previsione di cui all'art. 345, comma 1, c.p.c., riferita all'appello civile, abbia parlato a riguardo di un mero "aggiornamento" della domanda già proposta in primo grado, necessario o utile a fronte del lasso di tempo trascorso rispetto al momento in cui ha avuto riguardo la pronuncia di primo grado.¹⁰³

Va ritenuto, allora, che la disciplina codicistica esaminata, faccia riferimento, nel complesso, ad una modificazione del *thema decidendum* che pur non traducendosi esattamente nella postulazione di domande nuove, si rende necessaria onde garantire al ricorrente una tutela effettiva della situazione protetta azionata in giudizio, ricordando che il dittico "pienezza ed effettività della tutela" implica che le azioni riconosciute dall'ordinamento a tutela di una situazione protetta siano disciplinate in maniera tale che la protezione sia effettiva, cioè capace di tradursi sul piano pratico nella soddisfazione sostanziale degli interessi che delle situazioni protette costituiscono, appunto, il substrato sostanziale.¹⁰⁴

¹⁰² Cfr., a riguardo, PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 133, il quale segnala che il comune denominatore di tutte le ipotesi in cui l'attore chiede tutela ad un organo giurisdizionale è che venga domandato quantomeno un accertamento della situazione giuridica azionata.

¹⁰³ CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 206.

¹⁰⁴ In termini, CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, cit., p. 472.

5. I motivi aggiunti in appello: la controversa natura giuridica dell'istituto nell'elaborazione dottrinale e le conseguenti ripercussioni sul divieto di nuove domande.

La necessità di definire con precisione i confini della controversia, a partire dal ricorso di primo grado, mediante il quale è necessario esplicitare tutti i motivi posti a fondamento della pretesa azionata, si traduce, come detto, nell'impossibilità di prospettare, nelle more del processo, nuovi vizi di legittimità in ordine all'episodio di esercizio del potere sottoposto al sindacato del giudice amministrativo. Nel dettaglio, si è osservato *supra* (Cap. III, Sez. *seconda*, par. 3) che il divieto di mutamento della domanda in corso di causa e, in particolar modo, in sede d'appello, soggiace ad una serie di stringenti limiti, derivanti, innanzitutto, dall'architettura della domanda stessa e, in secondo luogo, dall'esigenza di garantire il diritto di difesa della controparte che "subirebbe" l'allegazione di una nuova domanda,¹⁰⁵ nonché di assicurare il rispetto dei termini di decadenza previsti per l'esercizio delle azioni a tutela di interessi legittimi.

Senonché, l'integrazione del ricorso e, segnatamente, la prospettazione di nuovi vizi-motivi in pendenza di giudizio, può in taluni casi risultare necessaria a seguito della sopravvenuta conoscenza di fatti o elementi nuovi, in un primo tempo ignorati dal ricorrente per ragioni a lui non imputabili, e da cui emergano nuovi vizi di legittimità in relazione all'episodio di esercizio del potere di cui si tratta. In tal senso, pertanto, il *Codice* prevede la possibilità di integrare il contenuto del ricorso originario, attraverso la proposizione di motivi aggiunti, ammessi anche in sede d'appello, qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado, da cui

¹⁰⁵ Su questo profilo, FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 118, il quale, seppur con riferimento al processo civile, ha evidenziato che il divieto di modificazione della domanda trova una sua ragion d'essere nell'impossibilità, o comunque nella difficoltà, che la controparte potrebbe incontrare dovendo contestare una domanda tardiva.

emergano vizi degli atti o dei provvedimenti amministrativi impugnati (art. 104, comma 3 c.p.a.).¹⁰⁶

La formulazione della norma surrichiamata porta evidentemente a ritenere che lo strumento dei motivi aggiunti trovi applicazione in appello al sol fine di dedurre vizi ulteriori degli atti già impugnati in primo grado (motivi aggiunti c.d. propri), e non anche nella diversa ipotesi in cui con essi si intenda impugnare un atto diverso e sopravvenuto alla sentenza del giudice di prime cure (motivi aggiunti c.d. impropri).¹⁰⁷ Ciò che, del resto, si desume anche dalla relazione governativa di accompagnamento al *Codice*,¹⁰⁸ secondo cui «resta fermo il principio per cui nei confronti degli ulteriori provvedimenti amministrativi emessi o conosciuti nelle more del giudizio di appello va proposto un separato ricorso di primo grado». In tal senso, dunque, il riferimento al provvedimento amministrativo avversato in origine rappresenta il presupposto e allo stesso tempo il limite alla possibilità di variazione del *thema decidendum*, sebbene parte della dottrina non abbia mancato di precisare che la scelta del legislatore di escludere dal giudizio d'appello i motivi aggiunti c.d. impropri può in alcuni casi risultare restrittiva e penalizzante per l'effettività della tutela nei confronti dei pubblici poteri.¹⁰⁹

¹⁰⁶ L'applicazione della norma codicistica ha peraltro condotto il Consiglio di Stato a precisare che la sopravvenuta conoscenza dei vizi da far valere attraverso lo strumento dei motivi aggiunti non deve dipendere necessariamente dal deposito in giudizio di nuovi documenti, il quale, a tacer d'altro, potrebbe risultare ostacolato dal divieto (quantunque non assoluto) di nuove prove in appello, secondo quanto previsto dall'art. 104, comma 2 c.p.a.; ma può anche essere acquisita *aliunde*, in via extragiudiziale (Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2012, n. 2459). Il presupposto necessario e sufficiente per la proposizione del mezzo in esame è quindi l'ignoranza incolpevole di uno o più vizi al momento dell'originaria impugnazione.

¹⁰⁷ Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2016, n. 3509; sez. V, 30 giugno 2011, n. 3913; sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3662; sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 185.

¹⁰⁸ Aspetto richiamato da LUISO F.P., *Le impugnazioni nel progetto di codice del processo amministrativo*, cit., pp. 843 ss.; DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., p. 1568.

¹⁰⁹ Così, SAITTA F., *Motivi aggiunti in appello: le prime indicazioni giurisprudenziali alla luce del codice del processo amministrativo*, cit., pp. 2422 ss., il quale opportunamente rileva che se lo scopo dei motivi aggiunti "impropri" «è quello di sottrarre alle manovre dilatorie dell'amministrazione la possibilità di

Ad ogni modo, la previsione codicistica non rappresenta un *novum* nel panorama del processo amministrativo. Essa convalida nella sostanza una soluzione già patrocinata dalla giurisprudenza antecedente al *Codice*, la quale aveva ritenuto ammissibile, anche in appello, l'allegazione di motivi aggiunti avverso gli atti impugnati *ab origine*, qualora fosse stata dimostrata l'impossibilità della loro proposizione in primo grado per l'ignoranza di alcuni vizi non imputabile al ricorrente,¹¹⁰ ferma restando l'inammissibilità dei motivi aggiunti diretti contro un nuovo provvedimento.¹¹¹ Analogamente, anche la più attenta dottrina aveva segnalato che la necessità di impugnare un provvedimento amministrativo sotto un profilo distinto ed ulteriore da quello fatto valere con il ricorso originario, a seguito della sopravvenuta conoscenza di un nuovo vizio di legittimità, avrebbe potuto realizzarsi, in ipotesi, sia durante lo svolgimento del processo di primo grado, sia nel lasso di tempo intercorrente tra la definizione

vanificare il giudizio in corso con l'emanazione di un provvedimento formalmente sostitutivo di quello impugnato che lasci immutata, in tutto o in parte, la lesione dell'interesse materiale del ricorrente, è evidente che l'istituto dovrebbe potersi applicare anche in appello, perché altrimenti il rischio di manovre dilatorie sarebbe ancora maggiore per il ricorrente, in quanto l'amministrazione risultata soccombente in primo grado potrebbe azzerare tutto semplicemente adottando un nuovo provvedimento non soddisfacente che costringa il ricorrente medesimo a ricominciare tutto daccapo». Nello stesso senso, SEMENTILLI F., *I motivi aggiunti in appello: profili critici dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, VIII-IX, pp. 889 ss.. In parte diversa la tesi sostenuta da DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., p. 1568, la quale ritiene che la previsione contenuta nell'art. 104, comma 3 c.p.a., potrebbe incontrare un temperamento consentendo l'impugnazione, direttamente in appello, di un atto connesso a quello gravato in origine, ma ciò «solo nel caso in cui contro di esso vengano dedotti gli stessi vizi dedotti contro l'atto già impugnato, in via di invalidità derivata, per ragioni di economia processuale».

¹¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2728; sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1219; sez. VI, 7 agosto 2008, n. 3899; sez. VI, 1° febbraio 2007, n. 416; sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 6229; sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1151; sez. VI, 6 maggio 1993, n. 321; sez. IV, 13 maggio 1992, n. 511.

¹¹¹ Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2004, n. 5915, in cui si afferma testualmente che «le pur apprezzabili esigenze di economia processuale e di speditezza del giudizio alla base delle innovative modalità di utilizzo del collaudato istituto dei "motivi aggiunti" non possono, in mancanza di espressa ed inequivoca disposizione che ne estenda l'applicazione alla fase di appello, portare all'affievolimento di principi ineludibili del processo amministrativo, quali quello del divieto di ampliamento dell'oggetto del giudizio e di introduzione di questioni nuove in appello e quello dell'obbligo del doppio grado di giudizio».

del primo giudizio e l'instaurazione dell'appello, sia, infine, a seguito della proposizione dell'impugnazione avverso la sentenza di prime cure.¹¹²

Tutto ciò si spiega, prima ancora che a livello positivo già sul piano dogmatico, poiché i motivi aggiunti in appello non costituiscono un rimedio a carenze o manchevolezze della difesa nel precedente grado di giudizio, ma si configurano come uno strumento processuale che risponde a ragioni di effettività della tutela nei confronti del provvedimento lesivo di cui si lamenta l'illegittimità,¹¹³ ed in coerenza con tali ragioni neppure il momento della presentazione dell'appello può identificare un termine insuperabile. Insomma, se i vizi che inficiano l'operato dell'Amministrazione sono obiettivamente percepibili solo in un momento successivo al verificarsi dell'effetto lesivo, è del tutto evidente che le regole sulla perentorietà del termine per la proposizione del ricorso non possano operare con riferimento alla prospettazione di quei vizi,¹¹⁴ o meglio, operino in modo diverso, nel senso che il termine di decadenza per dedurre in giudizio tali profili di illegittimità decorre solo dal momento in cui la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti *ex adverso* nel giudizio di primo grado, da cui emergano gli ulteriori vizi del provvedimento

¹¹² Cfr. MIGNONE C., *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, cit., pp. 382 ss.. In senso analogo, PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 358-359.

¹¹³ In termini POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 164. Analogamente, TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 319, secondo cui la previsione dei motivi aggiunti in appello costituisce «corollario della garanzia del diritto d'azione».

¹¹⁴ Cfr. SAITTA F., *I vizi nell'appello amministrativo*, cit., p. 341, ad avviso del quale «il diritto di difesa del ricorrente non può subire limitazioni in ragione della facoltà dell'amministrazione di presentare soltanto in pendenza dell'appello atti o documenti rilevanti per le sue difese». In proposito, anche GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 23, il quale rileva che, nella fattispecie in esame, «ben possono esservi ragioni che consentono di modificare l'oggetto del giudizio anche nel caso in cui il processo debba essere intrapreso entro un termine di decadenza e anche nel caso in cui nell'atto introduttivo debbano essere, a pena di inammissibilità, indicate le ragioni della controversia». In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 ottobre 1980, n. 38, in *Foro it.*, 1981, III, p. 123, ove si sottolinea che «la riapertura dei termini, di cui si parla, non è una sanzione o una contropartita per eventuali ritardi dell'Amministrazione nella doverosa produzione del materiale documentale necessario per il giudizio, ma è una conseguenza diretta del fatto che solo mediante quella produzione il privato è messo in grado di integrare il ricorso».

amministrativo di cui si tratta.¹¹⁵ Come suggestivamente ipotizzato in dottrina, potrebbe affermarsi che il rispetto del diritto di difesa della parte che lamenta una lesione *iniure* di una propria situazione protetta esige che il decorso del termine per la proposizione delle censure di legittimità abbia inizio dall'evento suscettibile di essere conosciuto dalla parte con l'ordinaria diligenza, ove per "evento" andrebbe intesa la percezione del provvedimento nella sua illegittimità, piuttosto che nella sua lesività.¹¹⁶

Tutto ciò, d'altronde, non comporta una lesione del diritto di difesa dell'Amministrazione che "subirebbe" l'allegazione di un motivo non prospettato in primo grado, giacché, da un lato, l'allegazione tardiva di un vizio di legittimità del provvedimento deriva da una condotta dell'Amministrazione, che non avendo prodotto in primo grado documenti nella propria disponibilità, ha impedito al ricorrente di dedurre già dinanzi al Tar i vizi di legittimità di cui trattasi; dall'altro lato, mette conto precisare che l'Amministrazione stessa conosce in anticipo gli atti e i provvedimenti della cui illegittimità il ricorrente potrebbe dolersi, di guisa che la modificazione della domanda giudiziale non dovrebbe determinare per la parte pubblica un'eccessiva compressione del proprio diritto di difesa ed una mortificazione del principio di parità delle parti. Quest'ultimo, in specie, non postula necessariamente l'identità dei rispettivi poteri processuali delle parti,¹¹⁷ ma va inteso come un giusto equilibrio tra di

¹¹⁵ Cfr. SAITTA N., *Sette note sui motivi aggiunti*, in www.lexitalia.it, ove si evidenzia che «l'incompleta conoscenza del compendio provvedimentale lesivo per l'interessato non permette, entro la scadenza del termine per ricorrere, di aprire per intero il ventaglio delle censure impugnatorie e solo una successiva evenienza conoscitiva [...] riapre con un secondo termine di ricorso la possibilità-onere della formulazione di altri motivi di ricorso prima non dedotti perché prima non deducibili».

¹¹⁶ FRACCHIA F., *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, IV, pp. 694 ss..

¹¹⁷ Sebbene con riferimento al processo penale, cfr. Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, la quale rifugge dalla tesi secondo cui «il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell'iter processuale, in un'assoluta simmetria di poteri e facoltà». Con specifico riferimento al processo amministrativo, cfr. Corte cost., 9 aprile 2009, n. 108: «il principio di parità tra le parti nel processo non comporta necessariamente l'identità dei rispettivi poteri processuali: "stanti le differenze fisiologiche fra le due parti, dissimmetrie sono, così,

essi.¹¹⁸ E proprio se si vuole garantire la parità processuale delle parti, si deve consentire al ricorrente di far valere in ogni momento le doglianze che, a causa del comportamento dell'Amministrazione, non abbia potuto dedurre in precedenza.¹¹⁹ In un certo senso, insomma, la facoltà di esercitare un'*amplificatio libelli*¹²⁰ attraverso l'allegazione di motivi aggiunti in appello, pur dando luogo ad uno scarto tra i poteri processuali delle parti, risulterebbe spiegata stante la necessità di porre rimedio allo squilibrio che caratterizza il rapporto extra-processuale tra l'Amministrazione e il ricorrente.¹²¹

In questo quadro, l'immutabilità del *thema decidendum* potrebbe assurgere a dogma irrinunciabile del giudizio d'appello e del processo amministrativo complessivamente inteso, solo qualora il ricorrente sia posto in condizione di conoscere, in maniera piena ed esauriente, prima della proposizione della domanda giudiziale, tutti gli elementi da cui desumere i vizi che inficiano la legittimità dell'azione amministrativa.¹²² Soltanto in questi precisi limiti potrebbe

ammissibili anche con riferimento alla disciplina delle impugnazioni, ma debbono trovare adeguata giustificazione ed essere contenute nei limiti della ragionevolezza" (sentenza n. 26 del 2007). Simili limitazioni – è stato ribadito – per essere rispettose dei principi di parità delle parti, eguaglianza e ragionevolezza e del diritto di difesa, devono essere sorrette da una razionale giustificazione (sentenza n. 85 del 2008)».

¹¹⁸ Così, RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, I, disponibile in www.iusexplorer.it.

¹¹⁹ SAITTA F., *Motivi aggiunti in appello: prime indicazioni giurisprudenziali alla luce del codice del processo amministrativo*, cit., p. 2421.

¹²⁰ Di *amplificatio libelli*, nel caso dei motivi aggiunti, parla espressamente NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., p. 20.

¹²¹ Sul punto, GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 58, il quale segnala che nel processo amministrativo il diritto di difesa della controparte, per quanto concerne l'Amministrazione resistente, assume una dimensione più contenuta rispetto alle dinamiche tipiche del processo civile, in favore della contraria esigenza di garantire al ricorrente una tutela piena ed effettiva della propria situazione protetta.

¹²² Come rilevato da MIGNONE C., *op. ult. cit.*, pp. 432-433, l'operatività concreta del principio che vieta di modificare il *thema* giudiziale, «è subordinata alla conoscenza *di fatto* dei vizi (di *tutti* i vizi) che colpiscono l'atto impugnabile, mentre la sua validità astratta dipende dall'esistenza di una norma che consenta l'integrale conoscibilità degli atti amministrativi, e così anche l'immediata valutazione della loro validità o invalidità, in maniera esauriente, *prima* dell'instaurazione del giudizio». Analoghe

afferinarsi l'inderogabilità del principio che vieta di modificare, nel senso di un suo ampliamento, il *thema* fissato con l'atto introduttivo del giudizio. Di converso, non potrebbe giungersi alla medesima conclusione in tutti quei casi in cui l'allegazione del nuovo motivo non può che avvenire in appello per l'oggettiva impossibilità di censurare *ab origine* il profilo di illegittimità conosciuto incolpevolmente solo nelle more del processo.

Del resto, quando la percezione di taluno degli aspetti di illegittimità dell'atto amministrativo impugnato, impedita per una qualsiasi causa non imputabile al ricorrente, sopravvenga dopo la proposizione della domanda giudiziale, una qualsiasi preclusione, che si ponesse nell'ordinamento giuridico all'integrazione dell'atto introduttivo del giudizio con la deduzione dei nuovi vizi dell'atto tardivamente conosciuti, si troverebbe in sicuro contrasto con la pienezza della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, sancita a livello costituzionale dall'art. 113 Cost..¹²³

Né può ritenersi che dinanzi alla tardiva conoscenza di nuovi profili di illegittimità del provvedimento amministrativo, il ricorrente possa tutelare pienamente la propria situazione protetta attraverso un nuovo ricorso dinanzi al giudice di primo grado, laddove il giudizio sia pendente in appello. Sul punto, è bene sottolineare, in adesione ad un'attenta giurisprudenza, che nell'interesse delle parti e del buon andamento della giustizia è necessario che il giudizio resti unitario, anche perché sussistono spesso connessioni tali fra i motivi di ricorso diretti contro uno stesso provvedimento amministrativo per cui, solo nell'esame congiunto di tutte le censure, ciascuna di esse può essere esaminata e compresa nella giusta luce.¹²⁴ In quest'ottica pare trovare conferma il vecchio adagio

le considerazioni svolte da VIPIANA P.M., *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 132, secondo cui il concreto atteggiarsi dell'onere di "motivazione concentrata del ricorso", che grava in capo al ricorrente, «dipende in larga misura dall'assetto del materiale cognitorio di cui egli dispone prima della redazione del ricorso [...]». E quindi a seconda della maggiore o minore abbondanza di quel materiale cognitorio, ma soprattutto a seconda della sua idoneità a rivelare i vizi dell'atto impugnato, differenti saranno sia il contenuto motivazionale del ricorso, sia la configurabilità di future aggiunzioni».

¹²³ In termini, Cons. Stato, Ad. plen., 28 ottobre, 1980, n. 38, in *Foro it.*, cit., pp. 137 ss..

¹²⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 28 ottobre, 1980, n. 38, in *Foro it.*, cit., pp. 125-126.

secondo cui pur non dubitandosi che nello schema del ricorso ciascun motivo è presentato come proposizione a sé, da un punto di vista empirico il motivo si manifesta come un periodo di un più ampio e complesso discorso, nel quale l'episodio di esercizio del potere viene sottoposto al sindacato del giudice.¹²⁵

Ciò premesso, occorre soffermarsi attentamente sulla natura giuridica dell'istituto in esame, per meglio comprendere se ed in quale misura l'allegazione dei motivi aggiunti in appello possa tradursi in una deroga – legislativamente prevista – al divieto di nuove domande nel giudizio di secondo grado. Invero, i rapporti tra i motivi aggiunti e le eventuali modificazioni all'oggetto del giudizio possono risultare diversamente declinati laddove si ritenga che i motivi di ricorso facciano parte di un'unica deduzione giustificatrice della domanda, ovvero vadano intesi come deduzioni autonome, cioè come distinte *causae petendi* che sorreggono di volta in volta un'azione diversa.¹²⁶

Ebbene, in proposito, stando ad un primo orientamento dottrinale, l'atto contenente motivi aggiunti andrebbe inteso alla stregua di un comune atto difensivo, che pur determinando un ampliamento della *causa petendi* non potrebbe vantare la qualifica di autonomo ricorso.¹²⁷ A sostegno di detta impostazione è stato rilevato, in particolare, che «il motivo aggiunto non è un ricorso autonomo [...] per il semplice motivo che presuppone l'esistenza di un ricorso, ammissibile, i cui mezzi di annullamento si consente alla parte di integrare, in base agli elementi conosciuti durante il giudizio», e che «i motivi aggiunti si aggiungono, appunto, a quelli originari, integrandoli alla luce dei documenti o dei fatti nuovi appresi nel corso del giudizio; perché i motivi aggiunti si possono rivolgere solo ed esclusivamente contro l'atto impugnato con

¹²⁵ In tal senso, NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., p. 20.

¹²⁶ Sul punto, GALLO C.E., *Le modificazioni della domanda nel processo amministrativo*, cit., pp. 64 ss.; VIPIANA P.M., *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*, cit., pp. 105 ss.; FRACCHIA F., *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, cit., pp. 694 ss..

¹²⁷ In termini, SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, pp. 320 ss. In senso analogo, cfr. ROEHRSEN G., *Il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio amministrativo*, in *Rass. lav. pubb.*, 1975, I, 237, ove si afferma che «l'atto contenente i motivi aggiunti non pone in essere un nuovo ricorso né ad esso equivalente».

il ricorso e mai contro un altro atto, pur collegato con quello impugnato, ma che comunque determini un autonomo effetto lesivo». ¹²⁸ In tale prospettiva, i motivi aggiunti non comportano, pertanto, l'introduzione di un nuovo ricorso, ma rappresentano il completamento di un procedimento che trae «la propria ragion d'essere unicamente dall'azione che il ricorrente ha esercitato entro il normale termine di decadenza». ¹²⁹

Chiari i risvolti dell'orientamento in esame sotto il profilo del divieto di nuove domande in appello. Invero, se l'atto di proposizione dei motivi aggiunti non altera i confini della controversia, operando entro i limiti segnati dalla domanda originaria, va da sé che l'introduzione degli stessi in appello non potrebbe determinare una deroga al divieto di nuove domande, che continuerebbe ad operare in maniera piena ed indiscriminata. In una prospettiva più generale, pertanto, i motivi di ricorso – tanto quelli dedotti inizialmente, quanto quelli prospettati *ex post* – non dovrebbero concorrere all'identificazione della domanda giudiziale.

Su posizioni diametralmente opposte si è attestata una diversa dottrina, la quale ha rilevato che l'introduzione dei motivi aggiunti nelle more del processo, realizzandosi attraverso un atto autonomo e distinto dal ricorso originario, verrebbe a configurare una sorta di “ricorso aggiunto”. ¹³⁰ In disparte le questioni

¹²⁸ SATTA F., *op. ult. cit.*, pp. 320 ss..

¹²⁹ Così, PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., p. 257, il quale fonda tale conclusione muovendo sostanzialmente dalla c.d. teoria della fungibilità dei motivi di ricorso, osservando che l'azione resterebbe unitaria nonostante la pluralità dei motivi (aggiunti o meno) poiché la domanda giudiziale è individuata non in base ai motivi, bensì in base al pregiudizio che il provvedimento impugnato arreca all'amministrativo, incidendo sul rapporto sostanziale.

¹³⁰ MIGNONE C., *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, cit., pp. 209 ss.. Di avviso analogo GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 31, secondo cui «con i motivi aggiunti si individuano quelle deduzioni integrative che il ricorrente può proporre, ampliando l'oggetto del giudizio [...] in relazione alla successiva conoscenza di altre parti del provvedimento impugnato»; ID., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, pp. 338 ss.. In tal senso, anche FAZZALARI E., *Il «doppio grado» nella legge sui tribunali amministrativi*, cit., pp. 1912 ss., che in aperto contrasto con la tesi di Piras ritiene che i motivi aggiunti importino un allargamento dell'oggetto del giudizio. Tra gli altri, aderiscono all'orientamento in parola, LEONE G., *Art. 104 – Nuove domande ed eccezioni*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di LEONE G., MARUOTTI L., SALTELLI C., Padova,

legate alla particolare terminologia utilizzata a riguardo (laddove l'espressione "ricorso aggiunto" postula, in realtà, il riferimento ad una nuova domanda), si è ritenuto che nel caso di proposizione dei motivi aggiunti, l'impugnazione del provvedimento amministrativo non si presenta strutturalmente unica, ossia costituita da un solo ricorso corredato da più motivi dilazionati nel tempo, bensì consta di più ricorsi (*rectius*: domande) strutturalmente autonomi, sebbene funzionalmente collegati tra loro, in quanto tutti finalizzati ad ottenere la rimozione di uno stesso provvedimento.

La tesi, com'è evidente, avvicina l'istituto dei motivi aggiunti all'archetipo della nuova domanda giudiziale, laddove, per usare le parole della dottrina in esame sarebbe addirittura «ovvio che la *causa petendi* risultante dopo l'addizione medesima sia quantitativamente e qualitativamente diversa rispetto a quella originaria».¹³¹ In tal senso, segnatamente, si è ritenuto che il ricorrente che intenda ampliare la primitiva formulazione della *causa petendi*, per ragioni sopravvenute alla scadenza del termine decadenziale, non avrebbe altra alternativa che quella del "ricorso aggiunto", di guisa che lo stesso provvedimento amministrativo risulterebbe impugnato da un solo soggetto attraverso domande caratterizzate da un identico *petitum*, ma da diversi motivi con contestuale frazionamento della *causa petendi*.

In questo quadro, la stessa dottrina ha evidenziato che nel processo amministrativo l'azione processuale presenta una peculiarità, laddove un suo componente, per l'appunto la *causa petendi*, nel caso di proposizione dei motivi aggiunti avverso uno stesso provvedimento amministrativo, tende a frazionarsi, dando luogo ad un'ulteriore azione giurisdizionale. Sicché, nel momento in cui i motivi di illegittimità non vengono contestualmente dedotti con il ricorso introduttivo, ma si articolano in atti ulteriori, si avrebbe non già un'azione unitaria – configurabile solo in presenza di motivi prospettati con un medesimo

2010, p. 729; SAITTA F., *Motivi aggiunti in appello: prime indicazioni giurisprudenziali alla luce del codice del processo amministrativo*, cit., pp. 2416 ss.; DIVIZIA P., *Considerazioni in tema di motivi aggiunti nel giudizio amministrativo: profili teorici e tecnica giudiziale*, in *Foro amm. Tar*, 2003, IV, pp. 1427 ss..

¹³¹ MIGNONE C., *op. ult. cit.*, pp. 439-440.

atto – bensì più azioni coincidenti con i singoli motivi di illegittimità denunciati in giudizio con atti diversi.¹³²

La tesi richiamata, pur nella sua pregevolezza non convince, tuttavia, per un particolare aspetto. In specie, se si intende assegnare al motivo di ricorso una funzione caratterizzante dell'azione (e della relativa *causa petendi*), non si comprende perché lo stesso motivo dovrebbe vantare un tale ruolo identificativo solo nel caso in cui sia proposto con atto separato nel corso del giudizio. Invero, la funzione dei motivi con cui il ricorrente denuncia l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione non muta a seconda del momento processuale in cui essi sono dedotti, ma resta inalterata a prescindere dal momento in cui i motivi sono sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo. Sulla base di tali premesse, sviluppando coerentemente la tesi sostenuta dalla dottrina in commento, una volta assegnata al "motivo aggiunto" una funzione caratterizzante della domanda giudiziale, dovrebbe derivarne gioco-forza il riconoscimento della medesima funzione a ciascun altro motivo prospettato in giudizio.

Ad ogni modo, se si aderisce all'impostazione che assegna ai motivi aggiunti la capacità di identificare, sotto il profilo della *causa petendi*, una domanda a sé, è chiaro che la loro proposizione in appello si traduce in un'eccezione al principio di rigidità dell'oggetto del processo amministrativo¹³³ e comporta una deroga al divieto di nuove domande nel giudizio di secondo grado. Nel caso di specie, insomma, non si è dinanzi ad una mera precisazione, nella forma dell'*emendatio libelli*, del contenuto della domanda giudiziale avanzata in primo grado per far sì che la stessa, laddove accolta, sia in grado di assicurare il concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa azionata. Si è invece al cospetto di una *mutatio* vera e propria della domanda, conseguente al mutamento di uno degli elementi oggettivi (*causa petendi*) di identificazione dell'azione.

¹³² MIGNONE C., *op. ult. cit.*, p. 258.

¹³³ È quanto sostenuto da GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 44, secondo cui «la introduzione della possibilità per il ricorrente di proporre motivi aggiunti, e la sua diffusione, ha fatto, in forma definitiva può dirsi, cadere la pretesa regola della rigidità dell'oggetto del processo amministrativo». Sul punto, anche NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 331, il quale, in relazione alla proposizione dei motivi aggiunti ha ravvisato «una limitazione del principio di rigidità dell'oggetto che vige nel processo amministrativo».

5.1. (Segue): orientamenti della giurisprudenza sulla natura giuridica dei motivi aggiunti in appello. Ipotesi ricostruttiva dell'istituto e compatibilità di esso con il principio del doppio grado di giurisdizione.

L'anzidetta ricostruzione dogmatica ha trovato a lungo riscontro nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale, chiamato ad affrontare la problematica della natura giuridica dei motivi aggiunti ha avuto modo di affermare, *expressis verbis*, che il fondamento di essi «non sta tanto nel diritto di difendersi in giudizio (cioè di addurre argomenti a sostegno della domanda già proposta) quanto nell'originario diritto di ricorrere, ossia di agire in giudizio. Infatti i motivi aggiunti non sono, in realtà, che un nuovo ricorso accessorio nella forma, ma autonomo nella sostanza»,¹³⁴ così risultando patrocinata la tesi in base alla quale l'istituto in esame non si tradurrebbe in una mera integrazione della domanda originaria, bensì darebbe luogo ad una domanda dotata di propria autonomia.

Senonché, l'orientamento in esame è stato più di recente superato dal Supremo Consesso, il quale, soffermandosi sulla natura dei motivi aggiunti in appello, a seguito dell'entrata in vigore del *Codice*, ha evidenziato che gli stessi non si traducono nella postulazione di una domanda nuova ma in un'articolazione di quella già proposta in primo grado, che risulterebbe integrata ed innovata solo nella sua ragione e non anche nel rispettivo oggetto.¹³⁵

¹³⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 27 ottobre 1987, n. 24, in *Dir. proc. amm.*, 1988, pp. 91 ss., con nota di VIPIANA P.M., *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*. In senso conforme, Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2010, n. 1808: « La presenza, nel processo amministrativo, dell'istituto dei motivi aggiunti (cui certamente dev'essere assimilata una memoria ritualmente notificata dopo la proposizione del ricorso introduttivo), anche al fine di assolvere a funzioni di economia processuale (evitando di proporre una serie di distinti ricorsi per questioni connesse, che ben potrebbero essere decise nel *simultaneus processus*), consente certamente al ricorrente di introdurre domande nuove, con atto notificato (affinché sia pienamente salvaguardato il diritto di difesa), purché siano in stretta connessione con l'oggetto del ricorso introduttivo e siano, ovviamente, rispettose dei termini decadenziali o prescrizione (a seconda del regime applicabile)».

¹³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2257.

L'impostazione in parola è stata inoltre ribadita da un successivo arresto dell'Adunanza plenaria, sebbene attraverso un *obiter dictum*, ove si è rilevato che «nel giudizio impugnatorio di legittimità, l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti».¹³⁶ In questo senso, insomma, i motivi aggiunti (propri), deducibili in appello, andrebbero a determinare una mera integrazione della domanda originaria, la quale verrebbe così identificata solo in funzione del rispettivo *petitum*.

Di primissimo rilievo le ragioni addotte a fondamento della tesi richiamata, laddove il Consiglio di Stato, facendo riferimento al paradigma delle azioni costitutive nel processo civile, ha ritenuto che proprio «per le azioni costitutive, invero, la *causa petendi* può investire una serie di fatti genetici in quanto considerati dalla legge, *quoad effectum*, come costitutivi del medesimo ed unico diritto». Considerazioni che resterebbero valide anche per il processo amministrativo che vede nell'azione di annullamento il principale rimedio a disposizione dell'amministrato per tutelare la propria situazione protetta.¹³⁷

Tuttavia, la tesi giurisprudenziale che “declassa” i motivi aggiunti c.d. propri a mero strumento di integrazione della domanda non convince per più di una ragione.

¹³⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

¹³⁷ Circa la centralità dell'azione di annullamento anche a seguito dell'entrata in vigore del cod. proc. amm., cfr. CERULLI IRELLI V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, cit., p. 155, ove, con riferimento all'azione in esame, si pone in risalto «il ruolo di principale mezzo attraverso il quale si esercita la tutela nelle controversie di diritto pubblico». In tema, anche SCOCA F.G., *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, cit., § 4.1., che, per l'azione di annullamento, discorre di «perno del processo amministrativo»; CLARICH M., *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, ove l'A. ricorda che «nel processo amministrativo l'azione di annullamento è sempre stata e, anche dopo l'approvazione del Codice, resta, se così si può dire, la regina delle azioni»; CARBONE A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, II, p. 428, ove si sottolinea come il «rimedio impugnatorio continui a rappresentare il principale strumento a disposizione del privato anche nell'attuale quadro della giustizia amministrativa».

In primis, è del tutto fallace il presupposto dal quale essa muove, vale a dire il convincimento secondo cui l'individuazione della domanda, nel caso di un'azione costitutiva avente ad oggetto l'annullamento di un provvedimento amministrativo, dovrebbe essere effettuata in funzione del solo *petitum* con inevitabile svalutazione della *causa petendi*, così risultando indifferente che l'accoglimento della domanda stessa avvenga sulla base di questo o quel motivo di ricorso.

Invero, detta affermazione è certamente valida se riferita alle azioni costitutive esperibili nel processo civile, con particolare riguardo alle impugnative negoziali e all'azione di annullamento del contratto. Nel caso di specie, infatti, le singole cause di annullamento (errore, violenza, dolo ed incapacità del contraente), dedotte dalla parte che abbia agito in giudizio, producono tutte il manifestarsi di un identico effetto in relazione al rapporto negoziale su cui si controverte. In tal senso, come sottolineato dalla migliore dottrina processualcivile, nell'ambito delle impugnative negoziali, «le singole cause di nullità, l'errore, la violenza, il dolo, l'incapacità, lo stato di pericolo, lo stato di bisogno sono tutti fatti che possono coesistere e a cui il legislatore ricollega (in via automatica o a seguito dell'intermediazione necessaria del potere di parte) il manifestarsi di effetti impeditivi o estintivi della rilevanza di uno stesso rapporto contrattuale».¹³⁸ Talché risulta indifferente, per chi abbia agito in giudizio, che l'accoglimento della propria domanda avvenga sulla base dell'uno o dell'altro fatto estintivo del rapporto, non foss'altro perché una volta accertata la sussistenza di una delle cause di annullabilità allegate, la parte ottiene il risultato agognato, consistente, per l'appunto, nella caducazione del rapporto negoziale.¹³⁹

¹³⁸ PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 72; ID., *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, I, pp. 446 ss.. Nello stesso senso, CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 50, il quale segnala che «i casi di domanda giudiziale di annullamento del contratto oppure di rescissione o di risoluzione giudiziale del medesimo, sono azioni che non vedono la sentenza influire soltanto su di un singolo effetto del contratto bensì intervengono *sull'intero rapporto* (bilaterale o plurilaterale) nascente dal contratto e solo di riflesso sui suoi molteplici effetti».

¹³⁹ CONSOLO C., *op. ult. cit.*, p. 50, ove si afferma che nel caso di accoglimento di un'impugnativa negoziale, «quello che viene posto nel nulla, se lo vogliamo vedere non dal punto di

Tutt'altro discorso si impone per l'azione di annullamento nel processo amministrativo. Nel caso di specie, infatti, è bene considerare che la sentenza che accoglie il ricorso non si atteggia necessariamente a vicenda conclusiva del rapporto che intercorre tra ricorrente ed Amministrazione, giacché il provvedimento annullato è espressione di un potere inesauribile che potrà (o dovrà) essere nuovamente esercitato anche a seguito della pronuncia di annullamento,¹⁴⁰ conformemente alle statuizioni contenute in detta pronuncia.

vista dell'atto, bensì da quello degli effetti dell'atto e in particolare dell'atto "contratto", è il cosiddetto "rapporto contrattuale fondamentale"; venuto meno quest'ultimo, gli effetti tutti che si radicano sul medesimo sono essi stessi di riflesso caducati». Dello stesso avviso MENCHINI S., *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, pp. 931 ss.. L'impostazione surrichiamata ha trovato, da ultimo, anche l'adesione della Suprema Corte. Cfr., Cass. civ., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, (punto 4.8.), secondo cui «Nelle azioni di impugnativa negoziale l'oggetto del giudizio è dunque costituito dal negozio, nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica, e (con esso) dal rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce. Da tale realtà sostanziale il giudizio non potrà prescindere, in funzione quanto meno tendenziale di un definitivo accertamento dell'idoneità della convenzione contrattuale a produrre tanto l'effetto negoziale suo proprio quanto i suoi effetti finali. [...] Non può pertanto condividersi, oggi, la tesi che individua l'oggetto del processo in una *Rechtsfrage*, il cui oggetto è rappresentato dal diritto potestativo fondato sul singolo motivo (di annullamento, rescissione, risoluzione, nullità) dedotto in giudizio». In proposito, come segnalato da PAGNI I., *Nullità del contratto – Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, I, p. 78, «Una volta che la Cassazione ha chiarito [...] che, in ogni caso, il bene della vita di cui si discute è rappresentato dal contratto nella sua interezza, indipendentemente dalle ragioni di invalidità o inefficacia di volta in volta addotte [...], siamo di fronte ad un attore che, qualunque sia l'azione che propone (di adempimento, di annullamento, di rescissione, di risoluzione), chiede che gli si dica se il contratto è in grado di produrre o meno effetti». Di avviso analogo, BOVE M., *Mutatio ed emendatio libelli – Individuazione dell'oggetto del processo e mutatio libelli*, in *Giur. it.*, 2016, VII, pp. 1610-1611, il quale rileva che nel campo delle impugnative negoziali l'oggetto del processo è svincolato da precisi diritti soggettivi d'impugnativa, bensì è ancorato ad un'unitaria vicenda della vita, vale a dire all'accertamento generale dell'efficacia vincolante di un certo contratto.

¹⁴⁰ Come rilevato da CACCIAVILLANI C., *Il giudicato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di SCOCA F.G., Torino, 2014, p. 595, «rimane dunque la possibilità del riesercizio del potere amministrativo, in funzione di disciplina del rapporto tra le parti, pur dopo il giudicato di annullamento di un provvedimento». In argomento, anche con riferimento alla complessa problematica dei limiti gravanti sull'esercizio del potere, in ottemperanza alle statuizioni contenute nella sentenza del giudice

Questa, dunque, rappresenta un momento intermedio tra gli atti di esercizio del potere posti in essere prima e dopo il giudizio di legittimità.¹⁴¹ In tale contesto, se l'annullamento giurisdizionale opera nello stesso modo – qualunque sia la ragione per la quale esso è pronunciato – per quanto attiene all'eliminazione del provvedimento amministrativo (c.d. effetto demolitorio o caducatorio), diversi sono gli effetti dell'annullamento – appunto in relazione alla ragione di esso – per quanto attiene al vincolo che la sentenza costituisce in capo all'Amministrazione relativamente al futuro esercizio del potere (c.d. effetto conformativo).¹⁴² Ne viene, insomma, che l'accoglimento della domanda

amministrativo, cfr. altresì, SATTA F., *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, II, pp. 302 ss.; DE GIORGI CEZZI G., *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, VIII, pp. 955 ss.;

¹⁴¹ A riguardo, PATRONI GRIFFI F., *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, I, pp. 17 ss., il quale, nel distinguere tra la sentenza civile e quella amministrativa, mette in risalto, in relazione a quest'ultima, la peculiare e preponderante funzione extraprocessuale di conformazione dei futuri comportamenti dei pubblici poteri. Dello stesso avviso, MENCHINI S., *La connessione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, IV, pp. 1139, ove si sottolinea che, nella sentenza amministrativa di annullamento, «la regola che il giudice ha stabilito si proietta necessariamente al di là dei confini dell'atto formale impugnato; il vincolo si espande all'intera attività e investe ogni potere pubblico coinvolto nella complessa vicenda amministrativa, nella misura in cui ciò sia necessario per assicurare la piena soddisfazione dell'interesse del privato, che è stato riconosciuto meritevole di tutela». In argomento, anche LUCIANI F., *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, IV, pp. 978 ss. (spec. nota 36); ANDREANI A., *Dispositivo e contenuto decisorio della sentenza amministrativa (una premessa per lo studio del giudizio di ottemperanza)*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 464 ss.; PAEOLOGO G., *Forma e autorità delle sentenze amministrative*, in *Cons. Stato*, 1981, II, 61 ss.. Più di recente, MARI G., *Giudice amministrativo ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013; GIUSTI A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012.

¹⁴² Per tali rilievi, su tutti, NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 422. In argomento, anche CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, V, pp. 424 ss.. L'A., in specie, segnala «i limiti del parallelismo tra tutela costitutiva civile (quella che si esprime mediante invalidazione del contratto o del negozio) e la tutela giurisdizionale amministrativa di annullamento», osservando che nel processo civile, quando il giudice annulla un contratto, «la pronuncia restaura la situazione di libertà giuridica del soggetto, liberandolo dal vincolo contrattuale, e quindi di per sé attribuisce un bene senza necessità di comportamenti successivi». Al contrario, nel processo amministrativo, «nella normalità dei casi, l'annullamento giurisdizionale esige l'adozione di atti ulteriori», ed «il vincolo dell'Amministrazione viene a dipendere: dalla natura dell'atto annullato;

giudiziale, per l'uno o l'altro dei vizi-motivi allegati nel ricorso, può comportare effetti sensibilmente diversi in relazione al vincolo che la sentenza produce sulla successiva attività amministrativa, nel senso che la *regula juris* enucleabile dalla sentenza in ordine al futuro esercizio del potere dipende essenzialmente dal motivo posto a base della decisione.¹⁴³ A titolo di esempio, la situazione risulta assai diversa, ai fini della tutela degli interessi sostanziali del ricorrente, a seconda che siano accolti vizi di carattere formale, ciò che consente all'Amministrazione di riprodurre il contenuto sostanziale del provvedimento annullato (eliminati i vizi accertati in sede giurisdizionale), ovvero di carattere sostanziale, nel qual caso l'Amministrazione non potrà adottare un provvedimento recante il medesimo contenuto di quello annullato.¹⁴⁴

Detto altrimenti, l'accertata fondatezza dell'uno piuttosto che dell'altro motivo di ricorso, se assicura sempre in via immediata l'eliminazione del provvedimento dal mondo giuridico, in via mediata può riflettersi con diversa intensità sulla riedizione del potere amministrativo. Si tratta di considerazioni sufficienti a confutare la teorica che vorrebbe l'azione di annullamento individuata sulla base del solo *petitum*, giacché, come visto, dall'accoglimento dell'uno o dell'altro motivo (*causa petendi*) possono scaturire effetti giuridici

dalla natura (e dal numero) dei motivi di annullamento (vizi dell'atto denunciati con motivi di ricorso accolti); dal contenuto dell'atto annullato». Analogamente, PAEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 48, il quale osserva che «nelle controversie su interessi legittimi la portata della pronuncia, se favorevole al ricorrente, risulta non solo dall'annullamento di un precedente provvedimento [...], ma altresì dal genere di doglianza avanzata e accolta».

¹⁴³ Sul punto, sebbene in prospettiva più ampia, non limitata al solo processo amministrativo, MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 175 ss. (spec. 184), ove si osserva che «la regola precettiva in ordine all'esercizio del potere deriva dal vincolo al motivo portante della decisione». La tesi sostenuta nel testo è figlia di una particolare concezione della pretesa azionata in giudizio dal ricorrente, la quale, come rilevato da ABBAMONTE G. – LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 167, non si identifica in modo generico con la semplice richiesta di annullamento dell'atto amministrativo impugnato, «ma si qualifica attraverso il raccordo dell'annullamento con i motivi di ricorso fatti valere».

¹⁴⁴ In termini, CERULLI IRELLI V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, cit., p. 160.

diversi e il conseguimento di differenti utilità sostanziali.¹⁴⁵ Ciò dovrebbe indurre, del pari, a dissentire dall'impostazione giurisprudenziale secondo cui l'allegazione dei motivi aggiunti in senso proprio non potrebbe dar luogo ad una nuova domanda, in base all'assunto – per vero, appena confutato – che ricollega l'unicità o la pluralità delle domande alla richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti.

Inoltre, richiamando quanto detto a proposito della *mutatio libelli* (cfr. Cap. III, sez. *seconda*, par. 3) va ricordato che ad avviso del Consiglio di Stato costituisce domanda nuova, come tale improponibile in appello, la deduzione di un nuovo motivo di illegittimità, dal quale deriverebbe un allargamento della *causa petendi* con conseguente modificazione (non consentita) del *thema decidendum*.¹⁴⁶ In questo quadro, riesce davvero difficile comprendere come possa affermarsi, da un lato, che l'allegazione di nuove doglianze equivalga ad una nuova domanda (non consentita in appello), e dall'altro, che la deduzione di motivi aggiunti in appello non dia luogo ad una domanda strutturalmente diversa da quella esperita in primo grado.¹⁴⁷ Invero, se si prende per buono il primo postulato, per il principio di non contraddizione dovrebbe derivarne che l'allegazione di un motivo aggiunto in appello comporti anch'essa una *mutatio* della domanda originaria, quantunque consentita alla luce del dettato dell'art. 104, comma 3 c.p.a..

Pertanto, a conferma della tesi che riconosce ai motivi aggiunti (anche propri) la capacità di introdurre nuove domande nel processo è interessante

¹⁴⁵ In questa prospettiva, come segnalato da PERFETTI L., *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, cit., § VI, «non convince affatto l'idea che la domanda sia definita dal provvedimento oggetto dell'impugnazione, come ritiene l'Adunanza plenaria. Se così fosse, il giudizio sarebbe definito dal provvedimento amministrativo impugnato e non dalla domanda e dalla sua funzione. Conseguenze molto serie derivano sul versante dell'oggetto del giudizio, sul cumulo e la connessione, sul giudicato, sull'effetto conformativo che a questo consegue».

¹⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2014, n. 1718; sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; Cons. Stato, IV, 17 giugno 2003, n. 3407; Cons. Stato, sez. VI, 10 agosto 1988, n. 980, in Cons. Stato, 1988, I, p. 976.

¹⁴⁷ In tal senso, anche SAITTA F., *Motivi aggiunti in appello: le prime indicazioni giurisprudenziali alla luce del codice del processo amministrativo*, cit., p. 2420.

soffermarsi su alcuni aspetti della disciplina procedurale prevista per la loro proposizione. In tal senso, d'altra parte, già in passato la dottrina ha posto in rilievo l'intima correlazione tra il modo in cui si conforma l'istituto in esame e gli aspetti tecnico-procedurali che lo caratterizzano.¹⁴⁸

Ebbene, il *Codice*, con disposizione che non distingue tra le varie tipologie di motivi aggiunti – propri o impropri che siano – prevede che ad essi «si applica la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini» (art. 43, comma 1 c.p.a.). Ora, da un punto di vista sistematico, se il legislatore avesse voluto assegnare ai motivi aggiunti propri una funzione senz'altro difensiva, escludendo ogni loro capacità di ampliare i confini del *thema decidendum* e di dar luogo ad una nuova domanda, sarebbe stato certamente più congruo sottoporre la loro proposizione ai termini processuali previsti per la produzione delle memorie, la quale, ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., può avvenire fino a trenta giorni liberi prima dell'udienza di discussione.¹⁴⁹ Al contrario, anche nel caso dei motivi aggiunti contenenti vizi-motivi di illegittimità di un provvedimento amministrativo già impugnato, è previsto che i termini restino quelli di sessanta giorni stabiliti per l'esercizio dell'azione d'annullamento (art. 29 c.p.a.), e il *dies a quo* non è individuato nella data stabilita per l'udienza di discussione, bensì nel momento in cui si attualizza la percezione del nuovo profilo di illegittimità, in forza della conoscenza di nuovi atti o fatti in precedenza ignorati incolpevolmente.

Ancora, sempre in un'ottica procedurale, va altresì tenuto presente che l'introduzione delle nuove censure di legittimità deve avvenire in ogni caso attraverso un atto notificato alle parti del giudizio, secondo quanto previsto dall'art. 43, comma 2 c.p.a.,¹⁵⁰ risultando inammissibili le doglianze ulteriori

¹⁴⁸ Cfr. VIPIANA P.M., *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*, cit., pp. 115 ss..

¹⁴⁹ Sulla correlazione tra la disciplina dei termini per la proposizione dei motivi aggiunti e la natura dell'istituto in esame, già FRACCHIA F., *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, cit., pp. 694 ss..

¹⁵⁰ Tar Molise, sez. I, 6 giugno 2016, n. 221; Tar Trentino-Alto Adige, sez. I, 12 febbraio 2014, n. 31; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 18 settembre 2013, n. 718; Cons. Stato, sez. IV, 26 gennaio 2012, n. 351.

dedotte con semplici memorie depositate e non notificate.¹⁵¹ Ciò, proprio in base all'assunto per cui i motivi aggiunti, proposti e notificati ai sensi dell'art. 43 c.p.a., sono diretti ad estendere il *thema decidendum* del giudizio e a proporre una domanda nuova,¹⁵² e non possono configurarsi alla stregua di un mero atto difensivo. D'altra parte, è pacifico che di ogni atto idoneo ad alterare l'oggetto originario del giudizio vada data notizia alle altre parti attraverso la notificazione.¹⁵³ Ciò vale per il ricorso incidentale (art. 42, comma 2 c.p.a.), per l'atto di intervento di un soggetto terzo (art. 50, comma 2 c.p.a.) e, per l'appunto, per i motivi aggiunti, ancorché "propri".

In definitiva, tenendo presente le varie angolazioni dalle quali si è cercato di inquadrare l'istituto in argomento, sussistono molteplici ragioni per biasimare l'orientamento della giurisprudenza secondo cui la proposizione di nuovi vizi di legittimità in sede d'appello non comporterebbe l'introduzione di una nuova domanda nel processo. Per contro, tenendo presente quanto sopra rilevato, pare piuttosto che la facoltà di proporre nuove doglianze ai sensi dell'art. 104, comma 3 c.p.a., vada concepita come una vera e propria ipotesi derogatoria al divieto di nuove domande sancito dal primo comma della medesima disposizione,¹⁵⁴ sebbene la fattispecie in esame rispecchia logiche estremamente diverse da quelle

¹⁵¹ Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 21 dicembre 2011, n. 1779; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 03 agosto 2012, n. 2005;

¹⁵² Tar Lazio, Roma, sez. I, 05 marzo 2012, n. 2222. In senso conforme, Tar Campania, Napoli, sez. I, 3 aprile 2012, n. 1553: «i motivi aggiunti devono essere notificati presso i difensori stessi nel domicilio eletto, configurandosi tale rimedio come mezzo di ampliamento del giudizio in corso e, quindi, come atto del giudizio stesso».

¹⁵³ Cfr. GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 106, ove si sottolinea che «la notificazione è evidentemente preordinata alla possibilità di far conoscere effettivamente a controparte l'avvenuta modificazione dell'oggetto del giudizio», e (p. 108) «di ogni atto che possa alterare le linee originarie del giudizio va quindi data notizia a controparte».

¹⁵⁴ Nel senso che la possibilità di proporre motivi aggiunti in appello costituisce un'eccezione al generale divieto di *ius novorum*, in forza del quale «è impedito l'ampliamento del *thema decidendum* sia proponendo nuovi motivi sia ampliando i motivi precedentemente dedotti», ZITO A., *Le impugnazioni*, cit., pp. 429-430. Del medesimo avviso SANINO M., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, cit., p. 155, che nel caso di specie parla di «eccezione al divieto di *ius novorum*».

tipiche delle altre ipotesi di *nova* in appello previste dall'art. 104, comma 1 c.p.a..¹⁵⁵

Delineata nei termini anzidetti la natura giuridica dei motivi aggiunti in appello, preme evidenziare a questo punto la possibilità per il giudice di secondo grado di decidere direttamente circa la loro fondatezza, senza dover rimettere la causa al giudice di primo grado, pur mancando a riguardo una precedente statuizione di quest'ultimo. Nel caso di specie, evidentemente, il *thema decidendum* della causa non è soggetto, in tutti i suoi aspetti, ad una duplice cognizione e decisione da parte sia del Tar che del Consiglio di Stato.¹⁵⁶

Ne viene, da un lato, che la *cognitio causae* del giudice superiore riesce ad esplicarsi entro ambiti addirittura più estesi di quelli che hanno caratterizzato il primo giudizio; e dall'altro lato, che la *cognitio causae* del giudice d'appello non è preceduta dall'accertamento di eventuali *errores in iudicando* o *in procedendo* riscontrabili in primo grado, ciò che determina un'attenuazione, limitatamente al profilo in esame, della funzione di critica dell'appello. Qui, insomma, oggetto diretto ed immediato del secondo grado di giudizio non è più la sentenza gravata bensì il provvedimento della cui legittimità si è già discusso in primo grado. E non potrebbe essere altrimenti, poiché nella pronuncia appellata non è individuabile alcun capo di sentenza riferito alle questioni dedotte con i motivi aggiunti in appello. L'istituto in esame accentua quindi la funzione rinnovatoria del gravame, la quale va intesa anche come potere del giudice d'appello di utilizzare nuovo materiale di cognizione per una migliore soluzione della lite.

Tutto questo, ad ogni modo, non desta perplessità per quanto riguarda il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione – cui pure il processo amministrativo è informato – tanto più laddove si ritenga, da un punto di vista dogmatico, che il principio suddetto può ben essere riferito alla lite complessivamente intesa, piuttosto che alle singole specifiche questioni che

¹⁵⁵ Su tale ultimo aspetto, TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 319.

¹⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2016, n. 143; sez. IV, 14 luglio 2015, n. 3506, ove si parla di ipotesi «derogatrice al tendenziale principio del doppio grado di giudizio afferente all'intero materiale cognitivo soggetto a decisione».

hanno trovato ingresso nel processo;¹⁵⁷ e che nell'interpretazione dell'art. 125 Cost., patrocinata dalla giurisprudenza costituzionale, il principio del doppio grado è stato inteso soltanto nel senso di precludere l'attribuzione di competenze in unico grado ai Tribunali amministrativi regionali.¹⁵⁸ D'altra parte, giova altresì considerare che la perdita del primo grado di giudizio, nella fattispecie che ci occupa, non è il frutto di una scelta unilaterale dell'appellante che propone i motivi aggiunti, ma deriva dal comportamento dell'Amministrazione, che solo in pendenza dell'appello ha reso disponibili i nuovi documenti da cui emergano vizi del provvedimento in precedenza non conosciuti. Sicché, a ben vedere, la parte che teoricamente potrebbe dolersi della perdita di un grado di giudizio è la stessa vi ha dato causa, non potendo con ciò essa stessa accampare alcuna lesione del proprio diritto di difesa.

6. Regime delle nuove eccezioni in appello.

L'art. 104, comma 1 c.p.a., nel disciplinare il regime dello *ius novorum* in appello, ha positivizzato il divieto di proporre nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio nel giudizio di secondo grado. Si tratta di una soluzione legislativa che

¹⁵⁷ Sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 1979, n. 518, in *Riv. amm. Rep. It.*: «Il doppio grado di giurisdizione non deve necessariamente comportare un duplice esame del merito della controversia, esame che, "in toto" o per singoli aspetti, può anche svolgersi per la prima volta in sede di appello, attesa l'identica estensione dei poteri di cognizione e di decisione del giudice di primo e secondo grado». Cfr. altresì Cons. Stato, Ad. plen., 27 ottobre 1987, n. 24, in *Dir. proc. amm.*, 1988, pp. 137 ss.. Il Supremo Consesso, chiamato ad affrontare la questione in argomento, ha precisato che il diritto al doppio grado è garantito, quanto meno nel senso che se può incontrare limitazioni in dipendenza di vicende fisiologiche del processo, non deve incontrarne per effetto di accadimenti patologici. Non si nasconde che la massima giurisprudenziale si presta ad essere interpretata in maniera diversa a seconda di come vengano definiti i confini tra ciò che nel processo si presenta come fisiologico e ciò che ne costituisce invece una patologia. Nondimeno, è indiscutibile che nel caso che ci occupa (*id est*: l'allegazione e la conseguente decisione di un motivo aggiunto in appello), la limitazione del doppio grado di giurisdizione non deriva da un vizio di procedura del primo grado di giudizio e non deborda in alcun modo nell'ambito del "patologico".

¹⁵⁸ Cfr. Cap. I, par. 6.

dà definitiva conferma di un precedente orientamento della giurisprudenza già assestatosi nel senso dell'applicabilità al giudizio amministrativo d'appello del divieto di nuove eccezioni (cfr. *supra*, Cap. III, sez. seconda, par. 2).

Dal punto di vista effettuale, la sussistenza del divieto attenua – seppur senza escluderla – la naturale funzione rinnovatoria del gravame, rappresentando un limite alla pienezza della *cognitio causae* per il giudice di secondo grado.¹⁵⁹ D'altra parte, può ben osservarsi che l'ammissibilità di nuove eccezioni in appello non avrebbe in sé nulla di essenziale.¹⁶⁰ Come più volte ribadito nel corso del lavoro, il regime della *cognitio causae* in sede di gravame non è un qualcosa di immanente al giudizio di secondo grado, ma dipende dalla specifica disciplina che il legislatore ha inteso riservare all'appello, talché se le nuove questioni sollevate in via di eccezione non sono ammissibili in quella sede, ciò che ne risulta è semplicemente una più accentuata strutturazione del giudizio in senso impugnatorio e, al contempo, un'attenuazione della sua funzione rinnovatoria.

Tanto detto, se la codificazione del divieto di nuove eccezioni in appello vale a suggellare una soluzione precedentemente avanzata a livello pretorio, essa lascia aperto allo stesso tempo un problema non meno articolato, relativo all'individuazione dell'esatto *discrimen* tra le eccezioni riservate alle parti (c.d. eccezioni in senso stretto) soggette al divieto in esame, e quelle rilevabili *ex officio* dal giudice (c.d. eccezioni in senso lato) per le quali non opera alcuna preclusione in seconde cure.

Sotto il profilo estrinseco la distinzione è in realtà agevole.

¹⁵⁹ Cfr. a riguardo NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 355 (nota 127).

¹⁶⁰ Così, SATTA F., *Eccezioni nuove in appello*, cit., p. 2168. Sia consentito, a riguardo, dissentire dalla contraria tesi sostenuta da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., pp. 293 ss., che ricollega all'eventuale devoluzione automatica dell'appello l'illimitata possibilità per le parti di introdurre nuovi fatti in giudizio, sostenendo altresì l'esistenza di «un collegamento essenziale tra giudizio sullo stesso oggetto e *ius novorum*» (p. 294). D'altro canto, della fragilità dell'anzidetta asserzione sembra consapevole lo stesso A., il quale, in altra parte del medesimo lavoro citato, afferma in maniera più meditata che «il *ius novorum* non è un dato costante, ancorché la sua ammissione risponda frequentemente a notazioni strutturali e funzionali dell'impugnazione» (p. 301).

Il dato caratterizzante dell'eccezione in senso stretto consiste nell'impossibilità per il giudice di porre a base della propria decisione un determinato fatto, ad efficacia impeditiva, estintiva, modificativa della pretesa azionata, tutte le volte in cui esso non sia fatto valere in giudizio dalla parte interessata. In questo caso si ritiene che la legge ricolleggi l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo ad una richiesta di parte, espressione di un diritto potestativo, dal cui esercizio deriva la produzione dell'effetto giuridico volto a precludere l'accoglimento della domanda formulata *ex adverso*. Perché l'effetto si produca, insomma, non è sufficiente che il fatto paralizzante dell'altrui pretesa venga in essere nella realtà materiale, ma è necessario che l'interessato eserciti il potere sostanziale a ciò diretto, sollevando un'apposita eccezione in giudizio: sin tanto che quel potere non è esercitato, l'effetto giuridico non si realizza.¹⁶¹ Avvalendoci di un'impostazione sviluppata dalla migliore dottrina processualcivile,¹⁶² può affermarsi che la tecnica di produzione dell'effetto sostanziale segue, in tal caso, lo schema «norma – fatto – potere sull'*an* – effetto»,¹⁶³ ove il “potere sull'*an*” sta ad indicare il potere sostanziale della parte di attribuire rilevanza giuridica al fatto impeditivo, estintivo, modificativo attraverso la proposizione di un'eccezione all'interno del processo.¹⁶⁴

¹⁶¹ Si tratta della c.d. teoria sostanziale dell'eccezione, in forza della quale affinché l'effetto giuridico impeditivo, estintivo, modificativo si produca è necessario che il soggetto ponga in essere una manifestazione di volontà a ciò diretta; al verificarsi del fatto, non è ricollegata dalla legge la produzione dell'effetto, ma solo l'imputazione in capo al soggetto di un potere sostanziale, che gli attribuisce la possibilità di produrre in via unilaterale l'effetto giuridico di cui si tratta. Per tali rilievi, ampiamente, MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 204 ss., cui si rinvia anche per i numerosi riferimenti dottrinali.

¹⁶² Si fa riferimento a PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 168 ss..

¹⁶³ PROTO PISANI A., *op. ult. cit.*, pp. 173-177.

¹⁶⁴ In parte diversa la lettura proposta da MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 304, nota 222, il quale riconduce la produzione dell'effetto sostanziale non già all'esercizio del potere di parte, bensì alla sentenza del giudice che abbia accertato i presupposti condizionanti la produzione dell'effetto giuridico impeditivo, estintivo, modificativo. Ne verrebbe, dunque, che la tecnica di produzione degli effetti sostanziali seguirebbe il più complesso schema «norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto».

Di converso, laddove si tratti di un'eccezione in senso lato, il fatto impeditivo, estintivo, modificativo opera *ipso iure* nell'ordinamento giuridico. Ciò significa che alla sua verifica nella realtà materiale è ricollegato direttamente l'effetto giuridico che lo caratterizza, senza che a tal fine sia necessaria l'intermediazione dell'esercizio di un potere sostanziale. La tecnica di produzione degli effetti segue in tal caso lo schema «norma – fatto – effetto»,¹⁶⁵ talché il giudice sarà chiamato a rilevare d'ufficio l'esistenza degli effetti che si ricollegano ai fatti impeditivi, estintivi, modificativi, qualora questi emergano dagli atti del processo.

Ben più dibattuta è invece la distinzione tra le due categorie di eccezioni da un punto di vista sostanziale, necessaria per addivenire alla concreta individuazione dei fatti rilevabili dal giudice solo *ope exceptionis*, e di quelli invece rilevabili d'ufficio sol che risultino dagli atti processuali a prescindere da ogni richiesta di parte. Il problema ovviamente non attiene al solo processo amministrativo ma inerisce all'intero diritto processuale.¹⁶⁶ Nel panorama della dottrina processualcivile che più si è avvicinata al tema in oggetto sono stati prospettati molteplici criteri per addivenire alla distinzione tra le due categorie di eccezioni, allorquando nulla disponga il legislatore in ordine al regime processuale di un certo fatto impeditivo, estintivo, modificativo.¹⁶⁷

¹⁶⁵ PROTO PISANI A., *op. ult. cit.*, pp. 171-173.

¹⁶⁶ Come osservato da ORIANI R., *Eccezione*, cit., § 6, l'alternativa tra un sistema processuale in cui tutti i fatti estintivi, modificativi e impeditivi sono rilevabili dal giudice d'ufficio ovvero solo se allegati dalle parti risponde ad una visione dell'ordinamento processuale che, nel primo caso, è intrisa di una colorazione sociale, sul presupposto che non è sufficiente il libero dispiegarsi dell'attività delle parti ad assicurare l'attuazione della legge, mentre nel secondo caso è di colorazione accentuatamente individualistica, portando ad intendere il processo come «cosa delle parti».

¹⁶⁷ In tema, nella dottrina più risalente, CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, p. 208, il quale dilata notevolmente l'ambito delle eccezioni in senso stretto, ritenendo che il giudice «non può pronunciare su eccezioni, le quali non siano proposte dalle parti, salvo che la legge gliene dia la potestà». Di diverso avviso la successiva dottrina, tra cui, FABBRINI G., *Poteri del giudice (diritto processuale civile)*, voce in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 728, ove si sostiene che non vi sono eccezioni in senso stretto al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge. In tal senso, anche VERDE G., *Domanda (principio della)*, cit., § 8. In parte più articolata la tesi di ORIANI R., *Eccezione*, cit., §§ 10 ss., secondo cui la regola generale è nel senso del rilievo d'ufficio da parte del

Nella giurisprudenza della Corte di legittimità è comunque invalso l'orientamento che afferma la rilevabilità d'ufficio di tutti i fatti impeditivi, estintivi, modificativi, salvo che la legge disponga altrimenti in relazione all'onere della parte di far valere in via di eccezione uno specifico fatto per paralizzare la pretesa altrui, ovvero che il fatto integratore dell'eccezione corrisponda all'esercizio di un'azione costitutiva esperibile in un autonomo giudizio (es. eccezione di annullamento).¹⁶⁸ Del resto, la regola generale del rilievo officioso di fattispecie impeditive, estintive e modificative risultanti dal materiale istruttorio legittimamente acquisito, altro non costituisce che l'assolvimento del compito del giudice di pronunciare intorno alla rilevanza giuridica della realtà storica indicata dall'attore, cioè sulla fondatezza della domanda avanzata da quest'ultimo, che sarebbe *contra legem* affermare in presenza di una diversa realtà che la esclude.¹⁶⁹ Il principio fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità è insomma quello di elaborazione chiovendiana, secondo cui il processo deve servire all'attuazione di diritti esistenti e non a crearne di nuovi, in modo che il

giudice dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi; al contrario, ricorre eccezione in senso stretto nei casi previsti dalla legge e qualora l'eccezione si coordini con una fattispecie che potrebbe dar luogo all'esercizio di un'azione costitutiva. Simile la posizione di MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., p. 96, il quale riconduce alla categoria delle eccezioni in senso stretto non solo i fatti riservati all'allegazione del convenuto per un'espressa previsione di legge, ma anche i fatti estintivi, impeditivi o modificativi che non producano automaticamente i loro effetti sulla pretesa altrui, in quanto oggetto di un controdiritto che la parte resistente potrebbe far valere (e anche non far valere) con un'azione autonoma, ciò che accade appunto nel caso delle azioni costitutive.

¹⁶⁸ L'orientamento, inaugurato dalla Cass. civ., SS.UU., 03 febbraio 1998, n. 1099, è stato poi ribadito da successive sentenze della Suprema Corte (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 5 giugno 2014, n. 12677), le quali si sono fatte carico di ribadire e precisare il suddetto principio generale, riconducendo al novero delle eccezioni in senso lato alcune eccezioni di grande rilievo, tra le quali: l'eccezione di "giudicato esterno" (Cass. civ., SS.UU., 25 maggio 2001, n. 226); di interruzione della prescrizione (Cass. civ., SS.UU., 27 luglio 2005, n. 15661); di *aliunde perceptum* (Cass. civ., sez. VI, 26 ottobre 2010, n. 21919); di transazione novativa (Cass. civ., sez. I, 24 ottobre 2012, n. 18195); di impedimento della decadenza (Cass. civ., sez. trib., 10 gennaio 2013, n. 414); di sospensione della prescrizione (Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2014, n. 4548).

¹⁶⁹ Cass. civ., SS.UU., 3 febbraio 1998, n. 1099.

giudice non possa dar vita ad un diritto per legge inesistente, neanche per accordo delle parti.¹⁷⁰

Quanto al processo amministrativo la questione è resa invero più problematica dalla dubbia configurabilità al suo interno delle eccezioni in senso stretto, le quali in relazione a tale processo non godono di una specifica disciplina sostanziale, ciò che ha favorito lo sviluppo di contributi dottrinali di diverso segno.

Così, ad esempio, nella dottrina più risalente di poco successiva all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato era stata esclusa l'esistenza di fatti giuridici idonei ad impedire, nel merito, l'accoglimento della domanda proposta dal ricorrente che potessero riservarsi esclusivamente alle parti, e segnatamente all'Amministrazione, poiché la difesa circa la legittimità dell'atto impugnato avrebbe dovuto essere sottratta al potere dispositivo delle parti stesse.¹⁷¹ La tesi in commento faceva leva sulla particolare concezione della giurisdizione amministrativa, quale giurisdizione di diritto obiettivo,¹⁷² di guisa che il giudice avrebbe potuto rilevare d'ufficio «la esistenza di altri fatti giuridici *estintivi* [...] della invalidità dell'atto impugnato», e l'attività processuale della parte resistente nell'eccepire l'esistenza di tali fatti sarebbe stata «di mera *cooperazione* col giudice».¹⁷³

Diversa la posizione di Nigro, il quale, censurando il carattere obiettivo della giurisdizione amministrativa, osservava come non vi fossero ragioni teoriche per escludere *a priori* l'esistenza di fatti giuridici la cui introduzione in giudizio fosse rimessa esclusivamente alla volontà della parte resistente. In tal

¹⁷⁰ Il principio, espresso da CHIOVENDA G., *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, pp. 147 ss., è richiamato testualmente da ORIANI R., *Eccezione*, cit., § 9.

¹⁷¹ D'ALESSIO F., *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, p. 251.

¹⁷² È risaputo che nella dottrina più risalente fu accolta una configurazione della giustizia amministrativa di tipo "oggettivo", ossia intesa ad assicurare la legalità dell'azione amministrativa, piuttosto che la tutela delle situazioni soggettive dei singoli nei confronti dell'amministrazione. Lo stesso D'Alessio conferma tali rilievi nella parte in cui afferma che "oggetto del giudizio amministrativo è la volontà concreta della legge in quanto garantisce interessi non individualizzabili, ovverosia pubblici" (D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1934, p. 377).

¹⁷³ D'ALESSIO F., *Le parti nel giudizio amministrativo*, cit., p. 251.

senso, si diceva: «se spetta al ricorrente la massima libertà nella determinazione dell'oggetto del giudizio, bisogna ritenere non ripugnante alla natura del processo che analoga libertà spetti alla parte resistente nella organizzazione della sua difesa». ¹⁷⁴ Il problema afferiva piuttosto alla concreta individuazione dei fatti rilevabili dal giudice esclusivamente *ope exceptionis*, che Nigro limitava ai soli fatti di acquiescenza rispetto all'atto amministrativo impugnato. ¹⁷⁵

Più articolato lo studio svolto da Di Renzo, il quale ammettendo anch'egli la configurabilità nel processo amministrativo di fatti giuridici impeditivi, estintivi, modificativi rilevabili solo in via di eccezione, distingueva a tal riguardo tra giudizi di accertamento e giudizi di annullamento. ¹⁷⁶ Così, nei primi, il rapporto di omologia intercorrente con gli analoghi giudizi di competenza del giudice civile portava l'Autore ad escludere che il giudice amministrativo potesse rilevare *ex officio* quelle circostanze come la prescrizione, la compensazione o la decadenza dall'impugnare rinunzie e transazioni in materia di lavoro, considerate nei giudizi civili come eccezioni in senso stretto. In questo caso, l'esigenza di equiparare la posizione processuale della parte resistente a quella che la medesima avrebbe avuto ove fosse stata convenuta dinanzi al giudice civile, avrebbe indotto a conservare anche nel processo amministrativo il carattere di eccezioni in senso stretto in relazione ai fatti giuridici operanti *ope exceptionis* nel processo civile. Quanto invece ai giudizi d'annullamento, l'Autore limitava la rilevabilità in via di eccezione ai soli fatti di acquiescenza al provvedimento amministrativo, di rinunzia all'azione, e di «transazione intervenuta tra le parti in riferimento ai punti toccati dal provvedimento impugnabile». ¹⁷⁷ Ciò per una serie di ragioni, tra cui: da un lato, la necessità di riservare ai resistenti, e

¹⁷⁴ NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 360-361.

¹⁷⁵ NIGRO M., *op. ult. cit.*, pp. 365 ss., il quale considera l'evento di acquiescenza alla stregua di un fatto estintivo del diritto all'annullamento. Tuttavia, a differenza degli altri fatti estintivi di tale diritto, che vengono dall'A. considerati come rilevabili *ex officio* dal giudice - cioè i "fatti convalidanti" e quelli che determinano l'estinzione dell'atto amministrativo con effetti *ex tunc* (*id est*: annullamento e revoca in sede di autotutela) - nel caso dell'acquiescenza si sarebbe dinanzi ad un fatto che incide "dall'esterno" sul diritto all'annullamento dell'atto.

¹⁷⁶ DI RENZO M., *L'eccezione nel processo amministrativo*, cit., pp. 139 ss..

¹⁷⁷ DI RENZO M., *op. ult. cit.*, pp. 144-145 ss..

essenzialmente all'Amministrazione, l'apprezzamento circa l'opportunità di far valere in giudizio l'atto di acquiescenza, di rinuncia o di transazione posto in essere nella fase precontenziosa dal ricorrente; e dall'altro lato, la considerazione che nessuna norma processuale lasciava intendere che l'acquiescenza, la rinuncia o la transazione fossero così intimamente collegate all'esistenza del diritto all'annullamento dell'atto impugnato da porre il giudice nella necessità logica di rigettare la domanda.¹⁷⁸

La successiva dottrina ha continuato a discutere sulla configurabilità o meno delle eccezioni in senso stretto nel processo amministrativo e sugli eventuali limiti di essa, senza tuttavia pervenire a risultati definitivi.¹⁷⁹ Alcuni hanno ad esempio limitato detta configurabilità ai soli giudizi in materia di diritti soggettivi, escludendola nei giudizi vertenti su interessi legittimi, nei quali ogni aspetto della situazione vantata dal privato sarebbe lasciato alla valutazione d'ufficio del giudice.¹⁸⁰ Altri, pur mettendo in rilievo la complessità del quadro relativo alla tematica delle eccezioni nel processo amministrativo, hanno cionondimeno ritenuto che, trattandosi di un processo di parti, non dovrebbero sussistere dubbi circa l'astratta configurabilità di fatti operanti solo *ope exceptionis*, venendo in rilievo una normale esplicazione del diritto della parte di disporre della propria situazione giuridica.¹⁸¹

¹⁷⁸ DI RENZO M., *op. ult. cit.*, pp. 148-149.

¹⁷⁹ Cfr. FAZZALARI E., *Il «doppio grado» nella legge sui tribunali amministrativi*, cit., p. 1912, ove si pongono in rilievo, in maniera generica, i «ristretti limiti» in cui possono configurarsi le eccezioni riservate alle parti.

¹⁸⁰ In tal senso, PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., p. 361. Simile la posizione di SIGISMONDI G., *Le nuove eccezioni nell'appello al Consiglio di Stato: tra autonomia del processo amministrativo e disciplina del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2001, III, pp. 338 ss. (spec. § 4), il quale, con riferimento al giudizio amministrativo di legittimità, osserva che «in realtà, le difese dell'amministrazione resistente e del controinteressato, secondo i criteri generalmente seguiti dalla dottrina del processo civile, non si possono configurare come eccezioni in senso tecnico, perché non comportano l'allegazione di specifici fatti impeditivi, modificativi o estintivi. [...] In sostanza, ad essere sottoposte al divieto [di nuove eccezioni in appello] sarebbero solo le eccezioni di merito proponibili nelle controversie relative a diritti che rientrano nella giurisdizione esclusiva».

¹⁸¹ SAIITA F., *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 359. In tema, anche ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, III, pp.

In tale articolato contesto non deve sorprendere che la giurisprudenza abbia evitato di affrontare *funditus* la questione in esame, sebbene sia riscontrabile al suo interno un orientamento di fondo che pare aver superato i dubbi sulla configurabilità di eccezioni in senso proprio – definite come quelle consistenti in fatti impeditivi, modificativi e/o estintivi capaci di paralizzare la pretesa sostanziale del ricorrente¹⁸² – da riservare alle parti, e da ascrivere pertanto al *genus* delle eccezioni in senso stretto.

Cosicché, nelle decisioni degli ultimi anni sono state pacificamente qualificate nel senso predetto le eccezioni di prescrizione di cui all'art. 2938 c.c.¹⁸³ e quelle di compensazione di cui all'art. 1242 c.c.,¹⁸⁴ mentre in ordine alla diversa eccezione di “interruzione della prescrizione” il Consiglio di Stato,¹⁸⁵

581 ss., il quale individua un'ipotesi di vera e propria eccezione in senso stretto nella previsione contenuta all'interno del secondo alinea dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, ove la norma dispone che il provvedimento amministrativo non è annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Dello stesso avviso, anche TREBASTONI D., *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2008, IV, pp. 1291 ss., ove l'A. ritiene che «non sembra possano esservi dubbi sul fatto che la dimostrazione che l'amministrazione deve fornire circa l'inevitabilità del contenuto del provvedimento non sia altro che una vera eccezione in senso proprio o stretto; nel senso che la previsione di legge onera l'amministrazione - che intenda far valere la speciale causa di esclusione della annullabilità del provvedimento impugnato per omessa partecipazione al procedimento, consistente nella circostanza che, quand'anche l'interessato vi avesse partecipato, l'atto finale non avrebbe potuto essere diverso - di sollevare formalmente ed in modo espresso la relativa eccezione, che non può essere rilevata d'ufficio, e provare il fatto costitutivo di essa». La tesi che ravvisa un'eccezione in senso stretto nell'art. 21-*octies*, comma 2, 2° alinea, l. n. 241/1990, ha trovato accoglimento in buona parte della giurisprudenza. Cfr. Tar Liguria, sez. I, 17 ottobre 2013, n. 1217; ID., sez. II, 11 gennaio 2013, n. 72; ID., sez. II, 22 ottobre 2009, n. 2953; ID., sez. II, 10 luglio 2009, n. 1727; Tar Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 26 giugno 2009, n. 243; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 8 maggio 2008, n. 866; ID., sez. I, 8 febbraio 2008, n. 226. *Contra*, tuttavia, Tar Sicilia, Catania, sez. I, 16 dicembre 2010, n. 4747; Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414.

¹⁸² In termini, Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2006, n. 4620.

¹⁸³ Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4823; sez. VI, 10 luglio 2002, n. 3864; sez. VI, 27 novembre 2000, n. 6259;

¹⁸⁴ Cons. Stato, sez. IV, 21 luglio 2016, n. 3301.

¹⁸⁵ Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2014, n. 5771.

dopo alcune incertezze, si è adeguato al *revirement* occorso nella giurisprudenza processualcivilistica, la quale ha collocato detta eccezione nel novero di quelle rilevabili *ex officio*, mancando un'espressa previsione di legge che ponga in capo alle parti uno specifico onere di allegazione.¹⁸⁶

Si tratta di un dato interessante, giacché letto in una più ampia prospettiva, potrebbe portare a pensare che anche nel processo amministrativo la dicotomia tra eccezione in senso lato e in senso stretto vada risolta nel senso di intendere la seconda come una figura residuale tipica, contemplata da quelle specifiche previsioni di legge (ancorché contenute nel codice civile) che facciano divieto al giudice di rilevare d'ufficio un certo fatto avente efficacia paralizzante della pretesa del ricorrente. Ed allora, se di eccezione in senso stretto è dato parlare in un senso meramente residuale, ne viene che alle parti in appello è sempre consentito introdurre per la prima volta nuovi fatti impeditivi, estintivi, modificativi volti ad ottenere il rigetto della domanda altrui, salvo che vi sia un'espressa disposizione dalla quale arguire che quel determinato fatto integri un'eccezione in senso stretto, come tale preclusa ove dedotta per la prima volta in sede di gravame.¹⁸⁷

Vale inoltre precisare che la possibilità per le parti di avvalersi di nuove eccezioni in senso lato nel giudizio di seconde cure non si traduce semplicemente nel poter invocare in via di eccezione un fatto già risultante dagli atti del processo di primo grado, ma implica anche l'ulteriore possibilità di allegare in appello un nuovo fatto materiale che valga ad integrare la nuova

¹⁸⁶ A riguardo, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 17 marzo 2015, n. 5208; sez. III, 5 agosto 2013, n. 18602; SS.UU. 27 luglio 2005, n. 15661.

¹⁸⁷ La ricostruzione sembrerebbe assecondata dalla giurisprudenza che ha ritenuto ammissibile, ad esempio, in sede d'appello il motivo formulato per la prima volta dall'Amministrazione, con cui si deduceva l'omessa impugnazione degli atti presupposti rispetto al provvedimento amministrativo di cui l'originario ricorrente domandava l'annullamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7242). Ai fini che qui interessano, ciò che viene in rilievo è l'allegazione per la prima volta in appello di un fatto impeditivo dell'altrui pretesa all'annullamento. Fatto, che nessuna norma dell'ordinamento giuridico vieta al giudice di rilevare d'ufficio ove risultante *ex actis*, ed il quale, dunque, nell'impostazione accolta nel testo, non potrebbe integrare un'eccezione in senso stretto.

eccezione.¹⁸⁸ Del resto, a voler condizionare la proposizione della nuova eccezione in senso lato alla circostanza che la parte abbia già ritualmente allegato il fatto in primo grado, la previsione di cui all'art. 104, comma 1 c.p.a., verrebbe confinata entro un ambito di applicazione estremamente marginale, con un'attenuata incidenza sul regime dello *ius novorum*, che poco spiegherebbe la scelta legislativa di ammettere espressamente le nuove eccezioni in appello, salvo quelle non rilevabili d'ufficio.

Nel panorama giurisprudenziale restano comunque escluse dal divieto di nuove eccezioni quelle che vengono indicate come “mere difese”, esaminabili per la prima volta anche in sede di gravame. Tali difese, nella definizione accolta a livello pretorio, consistono in argomenti utilizzati per confutare «le argomentazioni poste alla base della sentenza impugnata»,¹⁸⁹ nonché «per dimostrare al giudice di secondo grado l'infondatezza della domanda proposta dal ricorrente»¹⁹⁰ o per sostenere «la legittimità del provvedimento amministrativo».¹⁹¹ Questa soluzione, prosegue l'indirizzo in commento, resterebbe spiegata in quanto «il divieto di proporre motivi nuovi in appello è

¹⁸⁸ In tal senso, sebbene con riferimento al processo civile e alla previsione contenuta nell'art. 345, comma 2 c.p.c. (di contenuto comunque analogo all'art. 104, comma 1 c.p.a.), cfr. MERLIN E., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.* 2015, II, § 4; ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili d'ufficio). A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma 2°, c.p.c. (II)*, in *Corr. Giur.*, 2005, XIII, pp. 1165 ss.; ID., *Ancora sull'eccezione di interruzione di prescrizione: a proposito di allegazione e prova*, in *Foro it.*, 2006, I, pp. 3136 ss.. Non mancano comunque sostenitori dell'indirizzo interpretativo più rigorista, secondo cui l'ammissibilità in appello di nuove eccezioni rilevabili d'ufficio in tanto opera, in quanto i fatti in cui quelle eccezioni si sostanziano siano già stati ritualmente e tempestivamente allegati in primo grado. Per una simile posizione, cfr. CHIARLONI S., *Appello (diritto processuale civile)*, cit., p. 16, il quale, a fondamento della propria tesi, osserva che «poiché la massima parte delle eccezioni sono rilevabili di ufficio e poiché non vi è dubbio che, almeno in appello, ammettere l'allegabilità per la prima volta dei fatti relativi trascina con sé l'ammissibilità delle relative prove, la tesi più indulgente altro non fa che scardinare dalle fondamenta la scelta operata dal legislatore a favore del modello di *revisio prioris instantiae*».

¹⁸⁹ Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2016, n. 1754; sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1223; sez. V, 27 gennaio 2016, n. 267.

¹⁹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1512; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6862.

¹⁹¹ Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2009, n. 2598.

riferibile solo al ricorrente originario e non anche ai resistenti, che possono addurre qualunque motivo (salve le preclusioni previste dalla legge) per dimostrare al giudice di secondo grado l'infondatezza della domanda del ricorrente»¹⁹²

Si è qui evidentemente dinanzi ad un'enunciazione tralatizia che dà luogo ad incertezze non certo commendevoli nella delimitazione delle attività difensive consentite in appello a coloro che siano interessati a dimostrare la legittimità dell'episodio di esercizio del potere (*id est*: l'Amministrazione resistente e i controinteressati nel giudizio di primo grado), e che rinviene probabilmente la propria ragion d'essere nell'esigenza di consentire soluzioni elastiche a seconda del caso di specie. La massima giurisprudenziale non va dunque enfatizzata fino al punto di ritenere che il divieto di *ius novorum* possa trovare applicazione nei soli riguardi dell'originario ricorrente, sottraendo a quel divieto l'Amministrazione. Una soluzione di tal fatta cozzerebbe in maniera palese con il principio di parità delle parti (art. 2, comma 1 c.p.a. e art. 111, 2° comma Cost.)¹⁹³ e con lo stesso art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di ragionevolezza.

Deve piuttosto ritenersi che quando la giurisprudenza afferma che il divieto di nuovi motivi in appello non si applica nei confronti delle parti resistenti, essa faccia riferimento ad allegazioni di tali parti che non sottendono né una nuova domanda né una nuova eccezione in senso stretto, bensì si risolvono nella negazione di fatti costitutivi dell'altrui pretesa, ciò che dà luogo alle c.d. eccezioni in senso improprio che non possono considerarsi alla stregua di eccezioni in senso tecnico.¹⁹⁴ Esse insomma non incidono in senso ampliativo

¹⁹² Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1512; sez. IV, 29 agosto 2013, n. 4315; sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1154.

¹⁹³ Sul principio di parità delle parti nel processo amministrativo, FOLLIERI E., *Il contraddittorio in condizioni di parità*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, II, pp. 499 ss.; DOMENICHELLI V., *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, IV, pp. 859 ss.; ID., *Per un processo amministrativo paritario*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, III, pp. 416 ss..

¹⁹⁴ Il rilievo secondo cui la mera negazione di un fatto costitutivo dà luogo ad una mera difesa sembra pacificamente accolto in dottrina. Sul punto, già CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942, p. 11, il quale nel distinguere tra mera difesa ed eccezione avverte che la prima consiste in una «contestazione della pretesa fondata sulla negazione dell'elemento di fatto o di

sul *thema decidendum*, giacché né vengono mutati i fatti posti a fondamento della domanda né vengono introdotti nuovi fatti che potrebbero integrare un'eccezione in senso proprio. Si tratta invece di deduzioni ed argomentazioni volte ad incidere sul convincimento del giudice circa l'infondatezza della domanda del ricorrente originario.¹⁹⁵

La ricostruzione delineata, pertanto, pur consentendo all'Amministrazione di sviluppare in appello "mere difese" non prospettate inizialmente, non si pone in contrasto con il divieto di nuove eccezioni sancito dall'art. 104, comma 1 c.p.a., né dovrebbe comportare particolari problemi per quanto attiene al principio della parità delle parti. Difatti, così come l'originario ricorrente può riproporre in appello le censure dedotte in primo grado, assistite da una serie di argomenti maggiormente circostanziati,¹⁹⁶ allo stesso modo, l'Amministrazione e i controinteressati possono articolare in maniera più puntuale le proprie difese nel giudizio di seconde cure, per contestare la sussistenza dei fatti costitutivi – ossia, dei vizi di legittimità, almeno per quanto riguarda il giudizio di annullamento – che il ricorrente ha posto a base della propria domanda.

7. Limiti all'ammissibilità di nuove prove in appello.

Ultimo tra i tasselli volti a comporre il quadro che definisce l'ambito entro cui il giudice d'appello esercita la propria *cognitio causae* è quello che attiene

diritto della ragione della pretesa», mentre la seconda dà luogo ad una «contestazione della pretesa fondata su un fatto avente efficacia estintiva o invalidativa dell'effetto giuridico affermato come ragione della pretesa». Sulla distinzione in oggetto, anche ORIANI R., *Eccezione*, cit., § 4. Nel senso che il divieto di *nova* di cui all'art. 104, comma 1 c.p.a., vada riferito alle sole eccezioni in senso tecnico e non alle mere difese, Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2016, n. 3703.

¹⁹⁵ CREPALDI G., *Nuove prove in appello ed autonomia della disciplina del codice del processo amministrativo*, cit., § 2.

¹⁹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1223.

all'ammissibilità o meno dei nuovi mezzi di prova nel giudizio di secondo grado.¹⁹⁷

La questione relativa alle nuove prove nel giudizio d'impugnazione si riflette in maniera profonda sull'aspetto funzionale dell'appello. In specie, per quanto attiene alla dimensione teleologica di tale rimedio, va rilevato che la deducibilità di nuove prove nel nuovo grado di giudizio consente di realizzare una funzione di esso integralmente rinnovatoria. Dal punto di vista dogmatico, infatti, il nuovo giudizio sulla lite, per essere del tutto autonomo dal primo, dovrebbe consentire alle parti la massima libertà nell'individuazione del materiale istruttorio da porre a supporto delle rispettive domande ed eccezioni, e dovrebbe altresì condurre il giudice d'appello ad un aprioristico rifiuto di utilizzazione del materiale probatorio raccolto in prime cure su richiesta del giudice *a quo*, salva la possibilità per il giudice del gravame di reiterare autonomamente quella richiesta. Di converso, una rigorosa concezione dell'appello come giudizio inteso a controllare gli eventuali errori del primo giudice dovrebbe implicare una valutazione sulla fondatezza o meno della domanda avanzata in giudizio, considerando esclusivamente il ragionamento che il giudice *a quo* abbia svolto in relazione al materiale istruttorio da questo esaminato.¹⁹⁸

Il legislatore del *Codice* fornisce a riguardo una soluzione di compromesso, laddove la chiusura del giudizio d'appello alla produzione di nuove prove, quantunque affermata in via di principio, è soggetta a significativi temperamenti. In particolare, ai sensi dell'art. 104, comma 2 c.p.a., è stabilito che nel giudizio d'appello «Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere

¹⁹⁷ Il riferimento ai nuovi mezzi di prova, come segnalato anche da LUISO F.P., *Appello nel diritto processuale civile*, cit., § 11, comprende sia quei mezzi di prova mai esperiti in prime cure (ancorché il fatto da provare sia già stato oggetto di un diverso mezzo istruttorio), sia i mezzi di prova già esperiti in primo grado, ma in relazione a fatti diversi da quelli che sono oggetto della prova richiesta in appello. Il problema delle nuove prove in appello viene in essere, insomma, «quando si richieda un mezzo di prova “nuovo” su un fatto “vecchio”, oppure un mezzo di prova “vecchio” su un fatto “nuovo”». In senso analogo, anche CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 212.

¹⁹⁸ Per tali rilievi, PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., pp. 375 ss..

prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile».

La disposizione, come risulta da una lettura *a prima facie*, è formulata in negativo: essa esclude che in appello possano prodursi nuovi mezzi di prova, specificando che la preclusione in esame concerne tanto le prove costituenti quanto quelle costituite,¹⁹⁹ vale a dire le prove documentali.²⁰⁰ Il divieto in parola, tuttavia, non è affermato in senso assoluto, ma conosce alcune ipotesi derogatorie di tutto rilievo, anch'esse positivizzate, alla base delle quali vi sarebbe: da un lato, l'esigenza di dare concreta attuazione anche in appello al principio del giusto processo, il quale richiede che la soluzione del giudizio sia il più possibile aderente alla verità sostanziale, in punto di fatto e di diritto;²⁰¹ e

¹⁹⁹ Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2016, n. 2532; sez. V, 5 ottobre 2015, n. 4623; sez. V, 14 giugno 2013, n. 3319; sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1404; sez. IV, 27 agosto 2012, n. 4619; sez. V, 5 settembre 2011, n. 4977.

²⁰⁰ L'espresso riferimento della norma al divieto di produrre nuovi documenti in appello vale in realtà a superare alcune incertezze manifestatesi nella precedente giurisprudenza, la quale, nel fare applicazione analogica dell'art. 345, comma 3 c.p.c., nel giudizio amministrativo d'appello, aveva ritenuto che il divieto di nuove prove in sede di gravame, «stabilito per il giudizio civile dall'art. 345 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 52, l. 26 novembre 1990 n. 353, si riferisce esclusivamente alle prove costituenti e non riguarda i documenti che, in quanto prove precostituite, possono essere prodotti anche in secondo grado» (Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 2009, n. 4389; sez. VI, 6 giugno 2008, n. 2718; sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3910).

²⁰¹ A riguardo, Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2011, n. 3384, ove si pone in rilievo che la previsione di cui all'art. 104, comma 2 c.p.a., nella parte in cui ammette le nuove prove in appello si spiega stante la necessità di garantire «l'aderenza al vero della decisione sul gravame». Sulla correlazione tra il principio del giusto processo consacrato dall'art. 111 Cost. e l'obiettivo di ricerca della verità all'interno del processo, Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1465, secondo cui la deroga al divieto di nuove prove in appello «esprime l'esigenza di garantire, per quanto possibile, l'aderenza della decisione di gravame alla verità sostanziale, in esplicazione del principio del "giusto" processo, sancito dall'art. 111, comma 1, cost., la cui attuazione postula anche, se non in primo luogo, la tendenziale aderenza del risultato del processo alla verità sostanziale (in punto di fatto) e al diritto oggettivo sostanziale (in punto di diritto)». In dottrina, a riguardo, PROTO PISANI A., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 3143, ove si pone in rilievo che «Il valore del giusto processo regolato dalla legge esprime (fra l'altro) [...] l'esigenza che il sistema probatorio miri tendenzialmente alla ricerca della verità materiale e non alla

dall'altro lato, il particolare ruolo del giudice nel sistema probatorio all'interno del processo amministrativo, ove sono riconosciuti in capo allo stesso giudice rilevanti poteri istruttori, esercitabili anche d'ufficio, per sopperire alla disuguaglianza esistente sul piano sostanziale fra ricorrente e pubblica amministrazione, disuguaglianza che può impedire al primo di procurarsi la disponibilità del materiale probatorio (in particolare, di quello documentale) in possesso della seconda.²⁰²

Tanto premesso, mette conto osservare che i presupposti per l'ammissibilità dei nuovi mezzi di prova, che la norma codicistica individua nell'indispensabilità degli stessi ai fini della decisione, ovvero nell'impossibilità per la parte di produrli o proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile, operano alternativamente e non in modo cumulativo,²⁰³ come del resto risulta dalla formulazione letterale della norma stessa, e dall'uso della disgiuntiva "ovvero" che depone nel senso di un'alternativa tra i due suddetti

fissazione formale del fatto». In proposito, anche SAITTA F., *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in www.giustizia-amministrativa.it; CREPALDI G., *Nuove prove in appello ed autonomia della disciplina del codice del processo amministrativo*, cit., § 3.

²⁰² A questo riguardo va ricordato che secondo la nota formula coniata da BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit.; ID., *Istruzione nel processo amministrativo*, voce in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 204 ss., il processo amministrativo risulta caratterizzato dal principio dispositivo con metodo acquisitivo, il quale deriva la propria ragion d'essere «dalla necessità di non porre il cittadino in condizione di svantaggio, aiutando a superare quella mancanza di equivalenza che vi è tra lui e l'amministrazione sul terreno della realtà pratica» (p. 209). Il tema è stato successivamente ripreso da una dottrina pressoché sterminata, all'interno della quale si segnalano, tra gli altri, i contributi monografici di MIGLIORINI L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977; VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991; GALLO C.E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994.

²⁰³ Cons. Stato, sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1453: «Nel processo amministrativo d'appello, ai sensi dell'art. 104 c. proc. amm., la produzione di nuovi fatti di prova è subordinata all'indispensabilità della prova per la risoluzione della questione oggetto del contendere oppure all'impossibilità della produzione della stessa per causa non imputabile alla parte interessata, con la precisazione che, trattandosi di criteri alternativi, e non cumulativi, essi vanno analizzati separatamente».

requisiti.²⁰⁴ Ne consegue che il giudice d'appello deve poter ammettere, su richiesta di parte oppure d'ufficio, quei mezzi di prova che ritenga indispensabili ai fini del decidere, a prescindere dall'oggettiva impossibilità del ricorrente di produrre in primo grado gli elementi di prova di cui trattasi, senza che rilevino pertanto eventuali negligenze istruttorie delle parti.²⁰⁵ Invero, ad ammettere una contraria interpretazione rispetto a quella appena proposta, ritenendo che l'apertura in appello al nuovo materiale istruttorio sia in ogni caso subordinata ad un accertamento giudiziale circa la condotta tenuta dalle parti in primo grado, la norma di cui all'art. 104, comma 2 c.p.a., verrebbe irrimediabilmente svuotata di significato, giacché, al contrario di quanto stabilito dal legislatore, le nuove prove sarebbero ammesse soltanto ove non richieste in primo grado dalle parti per cause ad esse non imputabili, con un inspiegabile stravolgimento del dettato normativo.²⁰⁶

Altro è il dover definire il precipuo significato da assegnare al requisito dell'indispensabilità che deve caratterizzare un certo mezzo di prova a che questo possa dirsi ammissibile per la prima volta in appello.

In tal senso, stando alla giurisprudenza, la preclusione ai *nova* in appello recata dall'art. 104, comma 2 c.p.a., non trova innanzitutto applicazione laddove si faccia riferimento alla produzione dell'eventuale provvedimento impugnato nonché degli atti e documenti in base ai quali esso è stato emanato. Nel caso di

²⁰⁴ Su tale specifico aspetto, SAITTA F., *Onori (?) ed oneri della «processualcivilizzazione»: Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, III, pp. 1069 ss. (spec. § 4).

²⁰⁵ Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6497: «I presupposti di ammissibilità delle prove nuove in appello ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a. (mancata produzione per causa non imputabile alla parte e valutazione di indispensabilità da parte del collegio), devono ritenersi alternativi e non cumulativi. Ne consegue che la valutazione di indispensabilità può essere compiuta dal giudice d'ufficio, senza la prova di impossibilità di produzione in primo grado, qualora le nuove prove possano determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, salva la valutazione ad altri fini delle eventuali colpe istruttorie in primo grado». In senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2738. In dottrina, CREPALDI G., *Nuove prove in appello ed autonomia della disciplina del codice del processo amministrativo*, cit., § 3.

²⁰⁶ In tal senso, SAITTA F., *Onori (?) ed oneri della «processualcivilizzazione»: Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, cit., § 5.

specie, si afferma, l'indispensabilità del materiale istruttorio è *in re ipsa*, atteso che l'art. 46, comma 2 c.p.a. (applicabile anche al giudizio d'appello) pone in capo all'Amministrazione uno specifico obbligo di produzione documentale,²⁰⁷ facendo riferimento oltre che ai suddetti atti e provvedimenti, anche agli atti citati nel provvedimento impugnato e a quelli che l'Amministrazione ritenga utili ai fini del giudizio: si tratterebbe pertanto di un'indispensabilità *ex lege*.

In particolare, il mancato assolvimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di produzione documentale sancito dal *Codice* determina, ai sensi dell'art. 65, comma 3 c.p.a., la pronuncia di un'ordinanza istruttoria da parte del giudice, attraverso la quale è ordinata l'esibizione in giudizio degli atti e documenti indicati dall'art. 46, comma 2 c.p.a.. Il giudice non ha in tal caso alcuna discrezionalità nel valutare la rilevanza e l'ammissibilità (e men che meno l'indispensabilità in sede d'appello) del materiale istruttorio di cui si tratta, poiché quelle valutazioni sono già state effettuate a monte dal legislatore, con l'ulteriore conseguenza che la mancata acquisizione d'ufficio da parte del giudice di primo grado può essere supplita con i poteri officiosi del giudice d'appello.²⁰⁸

Pertanto, come si accennava poc'anzi, l'obbligo di produzione documentale sancito dall'art. 46, comma 2 c.p.a., concerne non solo il provvedimento impugnato, gli atti e i documenti sulla base dei quali esso è stato emanato e quelli in esso citati, ma finanche quegli atti e documenti che l'Amministrazione ritenga "utili ai fini del giudizio", i quali possono consistere anche in atti formati a

²⁰⁷ Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 2015, n. 3462.

²⁰⁸ In termini, Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2820; sez. III, 15 aprile 2013, n. 2032; sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6497; sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2738. In dottrina, per la tesi riportata nel testo, cfr. SAITTA F., *Onori (?) ed oneri della «processualciviltà»: Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, cit., pp. 1092 ss.; ID., *Nuove prove in appello: il processo amministrativo si «smarca» dal codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 2014, II, pp. 378 ss.; LOMBARDI P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva «temperata»*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, I, pp. 85 ss.; SICA M., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri officiosi*, in AA. VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo. Trento 5-6 ottobre 2012*, Napoli, 2013, p. 130.

seguito della conclusione del procedimento, in vista del giudizio.²⁰⁹ Sotto quest'ultimo aspetto, invero, è necessario osservare che lo specifico richiamo ai "documenti utili" da parte del legislatore può costituire fonte di incertezza, posto che la norma fa riferimento ad una categoria dai confini pressoché indeterminati che mal si concilia con la previsione di un puntuale obbligo di produzione in giudizio da parte dell'Amministrazione resistente, e con il conseguente dovere del giudice – di primo grado e d'appello – di sopperire attraverso i propri poteri acquisitivi alla mancata produzione dei documenti in parola. Si spiegano pertanto i dubbi avanzati da una certa parte della dottrina in ordine alla legittimità, o comunque, all'opportunità di tale previsione normativa.²¹⁰ D'altra parte, se un potere del giudice, qualificato come doveroso nell'*an*, viene riferito ad una categoria di atti non predeterminabile in astratto e di difficile determinazione in concreto, non è da escludere che l'esercizio dei poteri acquisitivi, giustificato in via di principio dall'esigenza di assicurare in giudizio la parità delle armi tra ricorrente ed Amministrazione, possa risolversi, in assenza di precisi limiti oggettivi, in una libertà indiscriminata dello stesso giudice e, per l'effetto, in un pregiudizio, tanto per l'Amministrazione, che potrebbe veder sacrificato oltremodo il proprio diritto di difesa allorquando essa sia chiamata ad esibire atti o documenti non indicati specificamente dalla legge, che si avrebbe interesse a celare in sede processuale; quanto per l'originario ricorrente, qualora l'introduzione in appello di documenti utili al giudizio celi in realtà la volontà di rimettere in termini l'Amministrazione, consentendo a quest'ultima di difendere il proprio operato con un nuovo ventaglio di materiale istruttorio, nonostante le preclusioni già maturate.²¹¹

²⁰⁹ Su quest'ultimo punto, Tar Liguria, sez. I, 9 gennaio 2014, n. 20.

²¹⁰ SICA M., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri ufficiosi*, cit., p. 131.

²¹¹ Sul punto, LOMBARDI P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, cit., § 4.1.. L'A., conscia del problema in esame, propone un'interpretazione rigorosa dell'art. 46, comma 2 c.p.a., e della locuzione "documenti utili al giudizio", da non confondere con i "documenti utili alla difesa", il cui deposito costituisce frutto di una scelta rimessa alla sola Amministrazione resistente, che il giudice dovrà rispettare senza potersi surrogare ad essa con l'esercizio dei propri poteri istruttori. La soluzione, pur apprezzabile, lascia

La questione è tanto più delicata non appena si consideri che i c.d. “documenti utili al giudizio”, in quanto ricompresi dall’art. 46, comma 2 c.p.a., tra quelli da produrre obbligatoriamente nel processo, come già detto, possono essere acquisiti d’ufficio anche dal giudice di secondo grado, ed un esercizio arbitrario dei suoi poteri istruttori non sarebbe altrimenti sindacabile in sede giurisdizionale, tenuto conto che l’impugnazione per Cassazione delle sentenze emesse dal Consiglio di Stato è ammessa per i soli motivi di giurisdizione.²¹² Sotto l’aspetto in esame, insomma, il requisito dell’ “indispensabilità” prescritto dall’art. 104, comma 2 c.p.a., per l’introduzione in appello di nuovi elementi probatori, soffre di un *deficit* di determinatezza che espone le parti alle valutazioni discrezionali del giudice.

Tanto detto, è bene a questo punto osservare che al di fuori dei casi finora passati in rassegna, in cui l’indispensabilità del materiale istruttorio è sancita *expressis verbis* dalla legge, la definizione del concetto di “indispensabilità del mezzo di prova” – locuzione semanticamente incongrua²¹³ – costituisce argomento di dibattito sul quale né la dottrina né la giurisprudenza sono ad oggi pervenute a risultati definitivi. Ciò vale per il processo amministrativo, ma vale ancor prima per il processo civile, nel quale il concetto di indispensabilità della

nondimeno aperta la questione relativa all’individuazione dell’esatto *discrimen* tra le due categorie di documenti.

²¹² Al contrario, nel processo civile, si registra una certa apertura della Corte di cassazione per quanto riguarda il sindacato di legittimità sulla valutazione in punto di indispensabilità del nuovo mezzo di prova in appello. In tal senso, cfr. da ultimo Cass. civ., sez. I, 17 maggio 2016, n. 10081, secondo cui «Il giudizio di indispensabilità della prova nuova in appello, previsto dall’art. 345, comma 3, c.p.c., sino alla riforma apportata dal decreto legge n. 83 del 2012 conv. dalla l. n. 134 del 2012 [...], non attiene al merito della decisione, ma al rito, atteso che la corrispondente questione rileva ai fini dell’accertamento della preclusione processuale eventualmente formatasi in ordine alla ammissibilità di una richiesta istruttoria di parte. Deriva da quanto precede, pertanto, che quando venga dedotta in sede di legittimità, la erroneità dell’ammissione o della dichiarazione di inammissibilità di una prova documentale in appello, la Corte di cassazione, chiamata ad accertare un *error* in procedendo è giudice anche del fatto ed è quindi tenuta a stabilire essa stessa se si trattasse di prova indispensabile». In senso conforme, Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2016, n. 1277; sez. I, 17 giugno 2009, n. 14098; SS.UU., 20 aprile 2005, n. 8203.

²¹³ Così SASSANI B., *Appello (diritto processuale civile)*, cit., p. 190, a proposito del concetto di “indispensabilità”.

prova ha campeggiato a lungo nell'art. 345, comma 3 c.p.c., e nel sistema dei *nova* in appello,²¹⁴ dando origine ad una congerie di interpretazioni, nessuna delle quali risolutiva ed in grado di definire con esattezza lo spazio riservato alle nuove prove nel giudizio di secondo grado.²¹⁵

A tal proposito, invero, la dottrina processualcivilistica si è affaticata non poco nel tentativo di assegnare un significato concreto al requisito dell'indispensabilità.

Così, secondo una tesi alquanto rigorosa, sarebbero indispensabili solo quelle prove che vertano su fatti "decisivi", tali essendo quelli che, isolatamente considerati, appaiano idonei a portare alla definizione della controversia. In quest'ottica andrebbero reputate senz'altro ammissibili in appello, in quanto indispensabili, le c.d. prove "cruciali", il cui esito, denotando l'ingiustizia della prima sentenza, possa condurre da solo a rovesciare l'esito del giudizio di primo grado. Al contrario, seguendo lo stesso ordine di idee, i fatti che potrebbero orientare la definizione della lite solo laddove valutati insieme ad altri, risultanti da prove già assunte, non potrebbero considerarsi decisivi, e allo stesso tempo non potrebbero considerarsi indispensabili i mezzi di prova che li hanno ad oggetto.²¹⁶

Seguendo un altro orientamento, invece, l'assunzione di nuove prove in appello sarebbe indispensabile quando il fatto che si intende provare sia stato accertato siccome esistente o inesistente in primo grado non sulla base di uno

²¹⁴ A riguardo, vale precisare che la formulazione dell'art. 104, comma 2 c.p.a., richiama puntualmente quella dell'art. 345, comma 3 c.p.c., nel testo vigente al momento dell'approvazione del cod. proc. amm.. Testo rimasto in vigore fino al momento della riforma operata con d.l. n. 83/2012, il quale ha espunto dalla predetta disposizione del cod. proc. civ., il riferimento all'indispensabilità dei nuovi mezzi di prova, quale requisito necessario e sufficiente per consentire l'introduzione di nuove prove in sede di appello civile.

²¹⁵ Sul punto, eloquente l'osservazione di SASSANI B., *Art. 52*, in CONSOLO C. - LUISO F.P.- SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, p. 283, secondo cui «cosa sia invero l'indispensabilità nessuno può dirlo in positivo perché – essendo il concetto di indispensabilità il qualificativo di una relazione tra due termini – a nessuno è dato conoscere l'elemento finale rispetto a cui la prova potrebbe qualificarsi indispensabile: vano è discettare del mezzo se non si conosce il fine».

²¹⁶ In tal senso, CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., pp. 214-215.

specifico meccanismo probatorio, bensì attraverso la regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c.. In questo caso, l'esigenza di una corretta ricostruzione del fatto ai fini della giusta composizione della lite, farebbe sì che nel processo d'appello sia resa possibile l'assunzione di nuovi mezzi di prova ove ciò si riveli necessario (*rectius*: indispensabile) per risolvere la lite sulla base dell'accertamento pieno dei fatti controversi piuttosto che sulla base di regole formali di giudizio,²¹⁷ come quella sancita dall'art. 2697 c.c..

Più elastica, infine, la tesi di chi ha sostenuto che l'indispensabilità della prova dovrebbe essere ricondotta all'esigenza di dimostrare l'esistenza o l'inesistenza di un fatto, idoneo ad orientare in modo determinante il convincimento del giudice circa la conferma o la riforma della sentenza di primo grado.²¹⁸

Com'è evidente, insomma, la vaghezza del concetto di indispensabilità, non meglio definito dal legislatore, ha rappresentato fertile terreno di sviluppo per i vari contributi della dottrina, i quali non sono tuttavia riusciti a raggiungere quel grado di chiarezza necessario a dissipare i dubbi spesso emersi in sede applicativa.²¹⁹ In questo quadro, è probabilmente nel vero chi afferma che «la

²¹⁷ PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 492; ID., *Controversie individuali di lavoro*, Torino, 1993, p. 119.

²¹⁸ FERRI C., *Appello nel diritto processuale civile*, voce in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, ora in *Digesto online*, § 13. Di avviso analogo RUFFINI G., *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3, e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle sezioni unite*, in *Corr. Giur.*, 2005, VII, p. 940, secondo cui i nuovi mezzi di prova «possono trovare ingresso in appello, sotto il profilo dell'indispensabilità, tutte le volte in cui appaiono idonei a determinare il convincimento del giudice in ordine all'esistenza o inesistenza di un fatto principale (costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo) e non soltanto quindi al fine di evitare l'applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova».

²¹⁹ Sul punto, infatti, le soluzioni elaborate dai giudici civili nel fare applicazione dell'art. 345, comma 3 c.p.c., nella formulazione precedente alla riforma operata con d.l. n. 83/2012, hanno portato a risultati non del tutto univoci. Così, in alcune sentenze si legge che il mezzo di prova è dotato del requisito dell'indispensabilità ove capace di «determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo talvolta anche per giungere a un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado» (Cass. civ., sez. III, 31 ottobre 2014, n. 23143; sez. III, 1 aprile 2014, n. 7528; sez. II, 17 febbraio 2014, n. 3709). In altri arresti giurisprudenziali si fa riferimento ad un «rilievo probatorio particolarmente pregnante, capace di far pendere immediatamente il piatto

dottrina sembra nella sostanza avere rinunciato alla possibilità di individuare un metro unitario alla cui stregua ridurre l'arbitrarietà e la discrezionalità insita nel criterio della indispensabilità»,²²⁰ non foss'altro perché il criterio in esame si sottrae ad ogni spiegazione «in termini di logica formale o di analisi del linguaggio».²²¹

Cionondimeno, un dato sembra potersi evincere con sufficiente chiarezza dai vari contributi riferiti alla questione in esame, ossia il convincimento che il presupposto dell'indispensabilità della prova non possa risolversi con quello più elementare, comune ad ogni mezzo di prova, della rilevanza, ma debba caratterizzarsi per un *quid pluris*.²²² Dato, questo, pacificamente condiviso dalla

della bilancia a favore della parte che ha effettuato la produzione» (Corte app., Roma, sez. III, 22 febbraio 2011, n. 717; sez. III, 11 maggio 2011, n. 2089). In altre pronunce, infine, si trova affermato che «ai fini dell'ammissibilità della produzione di nuovi documenti in appello, ai sensi dell'art. 345, comma 3, c.p.c. (nel testo introdotto dalla l. n. 353 del 1990 [...]), sono qualificabili come indispensabili i soli documenti la cui necessità emerga dalla sentenza impugnata, dei quali non era apprezzabile neppure una mera utilità nel pregresso giudizio di primo grado, mentre non è ammissibile il nuovo documento che già appariva indispensabile durante lo svolgimento del giudizio di primo grado e prima del formarsi delle preclusioni istruttorie, sicché la sentenza non si è potuta fondare su di esso per la negligenza della parte, che avrebbe potuto introdurlo».

²²⁰ PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 491.

²²¹ PROTO PISANI A., *op. ult. cit.*, p. 491.

²²² COSÌ, SAITTA F., *Onori (?) ed oneri della «processualcivilizzazione»: Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, cit., § 4. Dello stesso avviso, CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 215, ove si sottolinea che «l'esigenza nell'interpretare questo aggettivo ("indispensabile") è di non farne coincidere la portata con il normale vaglio di "rilevanza" della prova». A riguardo, anche DE CRISTOFARO M., *Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principi del giusto processo*, in *Corr. Giur.*, 2002, I, pp. 114 ss., il quale riconosce alla valutazione di indispensabilità «un contenuto distinto dal giudizio di rilevanza». Critica, sull'impostazione in oggetto, si è dimostrata altra dottrina minoritaria, tra cui, CAVALLONE B., *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, III, p. 1074, il quale evidenzia l'oggettiva impraticabilità della distinzione tra rilevanza ed indispensabilità in termini logici, osservando che «non c'è spazio - almeno in un sistema ispirato al c.d. principio del libero convincimento - per una categoria di prove "super-rilevanti", idonee a produrre lo stesso risultato con maggiore intensità o probabilità». In senso analogo, COSSIGNANI F., *Riflessioni sulle recenti modifiche dell'art. 345 c.p.c. (legge n. 69/2009 e legge n. 134/2012)*, in *Giur. it.*, 2013, I, p. 235.

giurisprudenza civile,²²³ e da ultimo, anche da quella amministrativa,²²⁴ che hanno ricollegato al requisito dell'indispensabilità un'influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove, definite come rilevanti, hanno sulla decisione finale della controversia, senza riuscire però a smarcarsi dall'ambiguità del dato normativo, riflettendo in sede di applicazione pratica le stesse incertezze e i medesimi contrasti già emersi in dottrina.

Così, in alcuni arresti del Consiglio di Stato si trova affermato che l'indispensabilità di un nuovo mezzo di prova in appello postula la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza del fatto dedotto con altri mezzi di prova che la parte avesse l'onere di fornire in primo grado nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale.²²⁵ In altre pronunce del Supremo Consesso si è invece ritenuto, con interpretazione più rigorosa, che l'indispensabilità del mezzo di prova non vada ricondotta genericamente alla sua capacità di influire sull'esito del giudizio (proprietà che è insita invero nel mero concetto di rilevanza della prova), bensì debba apprezzarsi in relazione alla capacità della prova di trasformare radicalmente l'esito della decisione di prime cure su almeno una delle domande proposte,²²⁶ ovvero di dimostrare l'ingiustizia della prima sentenza e condurre a rovesciarne le statuizioni.²²⁷

L'impressione, insomma, è che la scelta del legislatore del 2010 di recepire nell'appello amministrativo la disciplina già recata dall'art. 345, comma 3 c.p.c., non sia stata tra le più oculate, avendo avuto l'effetto di trasferire nel processo amministrativo tutte le incertezze interpretative che sempre si accompagnano al concetto di indispensabilità della prova.²²⁸

²²³ Per tutte, cfr., Cass. civ., SS.UU., 20 aprile 2005, n. 8203.

²²⁴ Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2015, n. 4623; sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2738; sez. IV, 27 maggio 2010, n. 3378.

²²⁵ Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2015, n. 4623.

²²⁶ Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2012, n. 6690; sez. IV, 5 novembre 2012, n. 5622.

²²⁷ Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2011, n. 3384.

²²⁸ Critico sulla scelta di recepire il dettato dell'art. 345, comma 3 c.p.c., all'interno dell'art. 104, comma 2 c.p.a., SAITTA F., *Onori (?) ed oneri della «processualciviltà»: Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, cit., § 4.

In tale contesto, dunque, la specifica individuazione dei casi in cui il nuovo mezzo di prova sia dotato del requisito dell'indispensabilità appare operazione assai ardua. Quel che può affermarsi, con sufficiente certezza, è che la produzione di nuove prove in appello deve ritenersi ammissibile (*rectius*: indispensabile) in relazione a quei casi in cui il *Codice* consente alle parti un ampliamento del *thema decidendum*: così nel caso in cui sia possibile proporre nuove domande, come in quello in cui sia dato sollevare nuove eccezioni, ove non può che ammettersi una nuova istruttoria per l'assunzione dei mezzi di prova necessari a dimostrare l'esistenza dei nuovi fatti costitutivi, impeditivi, estintivi, modificativi sottoposti alla cognizione del giudice superiore. Corollario della possibilità di allegare nuovi fatti (pur rilevabili d'ufficio, come nel caso delle eccezioni in senso lato) deve essere infatti la possibilità di procedere anche ad un'istruttoria sugli stessi, incentrata sulla positiva dimostrazione delle nuove allegazioni ovvero su una loro confutazione attraverso l'introduzione di mezzi a prova contraria.²²⁹

Al di fuori di queste ipotesi è invece puramente utopistico immaginare un'elencazione esaustiva, e *a fortiori* una tipizzazione, di fattispecie ulteriori in cui l'introduzione del nuovo mezzo di prova in appello possa dirsi ammissibile in quanto indispensabile ai fini della decisione della causa. Vanno piuttosto condivisi i dubbi manifestati dai primi commentatori della disciplina codicistica che hanno messo in guardia dai pericoli derivanti da un eccessivo ampliamento della discrezionalità del giudice, paventando un possibile "autoritarismo processuale".²³⁰

8. Brevi riflessioni conclusive in punto di funzione del giudizio d'appello nei casi di apertura allo *ius novorum*.

Alla luce di quanto evidenziato sul tema delle nuove prove, interessanti risvolti si colgono anche in punto di funzione del giudizio d'appello, laddove la

²²⁹ DANOVI F., *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, VI, pp. 1466 ss. (spec. § 6).

²³⁰ SAIITA F., *op. ult. cit.*, § 4.

dimensione teleologica del rimedio in esame non si presta nel caso di specie ad essere ricompresa entro un'architettura rigida e predeterminata ma, al contrario, dipende dall'uso più o meno marcato che il giudice di seconde cure, anch'egli a questo punto "signore della prova",²³¹ faccia dei propri poteri istruttori.

Certo, la lettera dell'art. 104, comma 2 c.p.a., attribuendo al giudice di secondo grado un'ampia (e forse eccessiva) discrezionalità nel valutare l'indispensabilità dei nuovi mezzi di prova, sottende l'intento del legislatore di non ridurre l'appello a mera critica della sentenza impugnata, fornendo al giudice di secondo grado utili strumenti per una più ampia cognizione della *res in iudicium deducta*, sì da valorizzare la dimensione rinnovatoria del gravame; ciò che vale anche per le fattispecie in cui siano ammesse nuove eccezioni o motivi aggiunti in appello. D'altronde, l'apertura allo *ius novorum*, vale a dire all'introduzione di nuovi fatti costitutivi, impeditivi, estintivi, modificativi e di un nuovo *thema probandum*, è intrinsecamente in conflitto con una concezione dell'appello inteso come mera critica all'operato del primo giudice. Al contrario, essa allarga le possibilità di una cognizione esauriente del giudice *ad quem*, chiamato a definire il merito della lite.

Insomma, in tutti i casi predetti la più accentuata funzione rinnovatoria del giudizio di secondo grado altro non è che la risultante di una particolare struttura dell'appello, che richiama in un certo senso l'archetipo del gravame puro, tenuto conto che la cognizione del giudice superiore sul merito del rapporto controverso (*rectius*: sui *nova* introdotti in appello) non è preceduta in tal caso da un controllo formale sull'esistenza di un errore del primo giudice, il quale, avendo deciso sulla base di diverse allegazioni, non può aver commesso almeno sotto il profilo in esame alcun errore di giudizio.²³² L'accentuazione della

²³¹ Su tale qualificazione del giudice amministrativo, NIGRO M., *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, 1967, V, pp. 9 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, pp. 685 ss..

²³² Sul punto, cfr. POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., pp. 507-508, ove l'A. correttamente segnala che «in caso di ammissione di prove nuove [...], il giudice di appello accede immediatamente ad un *riesame* della questione di fatto, giacché il suo giudizio muove direttamente, ma non esclusivamente, dalle prove stesse per stabilire se dimostrino l'ipotesi fattuale dedotta in giudizio, e non si limita a verificare se la posizione del fatto nella sentenza impugnata "sia ragionevolmente giustificata dagli argomenti che il giudice di merito ha addotto, e dalle prove su cui

funzione rinnovatoria si pone quindi come necessaria conseguenza di una struttura del giudizio di seconde cure in cui il momento del controllo dell'operato del primo giudice non assume più quella pregnanza che si è visto caratterizzare in genere il secondo grado di giudizio; ma si tratta evidentemente di considerazioni limitate ai soli ed eccezionali casi in cui il giudizio d'appello è aperto allo *ius novorum*, e che di conseguenza non possono essere estese al di fuori delle fattispecie in esame.

questi argomenti si fondano"». A riguardo, anche DANOVI F., *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, cit., § 9, secondo cui si assisterebbe ad un nuovo primo giudizio «per l'ipotesi nella quale l'attività cognitiva del giudice si estrinsechi per la prima volta in appello su alcuni fatti mai in precedenza esaminati».

CONCLUSIONI

1. La sentenza resa all'esito del giudizio d'appello.

Giunti pressoché al termine dell'indagine, appare necessario richiamare sommariamente alcuni dei risultati conseguiti nei capitoli precedenti, per comprendere in che modo la struttura del giudizio di secondo grado, e in particolare l'oggetto sottoposto all'esame del giudice superiore, reagisce sull'architettura della sentenza d'appello e sugli effetti ad essa riconducibili, per poi desumere da tali considerazioni una serie di argomenti che consentano di prendere posizione sulla funzione dell'appello nel processo amministrativo.

A tal proposito, vale ricordare che nell'attuale contesto legislativo l'oggetto dell'appello non si esaurisce nel solo rapporto controverso sottoposto alla cognizione del giudice di prime cure, ma si "arricchisce" per effetto delle specifiche censure che debbono essere rivolte avverso la sentenza impugnata *ex art. 101, comma 1 c.p.a.*, di guisa che, nel giudizio d'appello, alla cognizione della *res controversa* decisa in primo grado si affianca in ogni caso un esame del giudice avente ad oggetto la sussistenza degli *errores* denunciati dalla parte appellante, per mezzo dei quali si deduce l'ingiustizia della decisione di cui si tratta (cfr. Cap. II, par. 6). Più esattamente, il giudice d'appello conosce del materiale di causa inerente alla questione o alle questioni decise in prime cure. Questioni che l'appellante ritiene malamente risolte in primo grado e che ripropone in appello denunciando uno o più errori del primo giudice. I vizi denunciati in sede d'appello svolgono quindi una funzione di guida e di orientamento della cognizione per il giudice di secondo grado, talché, se il giudice attesta la

sussistenza di quei vizi, egli riforma la sentenza nel senso voluto dalla parte che ha proposto l'impugnazione, pronunciando una decisione che sostituisce quella oggetto di riesame.

Sul punto, peraltro, si era pur segnalato che ad avviso della dottrina maggioritaria, la cognizione del rapporto controverso da parte del giudice del gravame non deve ritenersi preclusa qualora i motivi attraverso cui l'appellante abbia denunciato i vizi di giudizio o di attività risultino infondati. In tale prospettiva, dunque, la valutazione che il giudice d'appello compie circa la fondatezza o meno delle censure articolate nei confronti della sentenza impugnata non postula necessariamente un'autonomia ed una precedenza logica del momento rescindente rispetto a quello rescissorio, tale da precludere la cognizione sul merito della lite già decisa in primo grado allorquando si rivelino infondati i motivi d'appello (cfr. Cap. II, par. 4.2.). Al contrario, secondo l'orientamento in esame, il giudice dell'impugnazione, riscontrata l'infondatezza delle censure contenute nel ricorso di secondo grado, oltre a rigettare il gravame, conferma altresì la *regula iuris* contenuta nella sentenza impugnata, sostituendo a quest'ultima la pronuncia d'appello, e così svolgendo un giudizio che non è solo rescindente, ma è al contempo anche rescissorio.¹ Tutto ciò comporta che l'effetto sostitutivo che caratterizza la sentenza d'appello viene a prodursi sia nei casi di riforma che in quelli di conferma della decisione gravata.² Insomma, al

¹ RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., pp. 226-227; CHIARLONI S., *Appello (diritto processuale civile)*, cit., p. 22; DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità dell'appello senza motivi e ampiezza dell'effetto devolutivo*, cit., § 7; ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., § 4.4.; CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 181; BALENA G., *Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, cit., p. 1607; MANCUSO R., *I motivi specifici dell'atto d'appello*, cit., § 7; SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautele*, Milano, 2012, p. 509; LUISO F.P., *Appello nel diritto processuale civile*, cit., § 22; DANOVÌ F., *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, cit., § 7; QUARANTA A., *Appello (diritto processuale amministrativo)*, cit., pp. 9-11; GALLO C.E., *Appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 321-322; LEONE G., *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, cit., p. 495.

² Valga ricordare, per completezza d'indagine, che l'idea secondo cui il giudizio d'appello mette capo ad una nuova decisione che sempre si sostituisce a quella di primo grado, sia che riformi sia che confermi quest'ultima, è radicata e risalente nella dottrina. A riguardo, cfr. CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, sez. 1, cit., p. 536, ove l'illustre Maestro afferma testualmente che

giudice di secondo grado resta in ogni caso consentito pronunciare sul merito della lite attraverso una sentenza caratterizzata da un effetto sostitutivo nei confronti di quella di primo grado, salvi i casi eccezionali in cui sia lo stesso legislatore a precludere un esame sul merito della controversia, vincolando il giudice d'appello ad un giudizio meramente rescindente: ciò che accade nelle fattispecie tipizzate dall'art. 105 c.p.a.³

La conseguenza che ne deriva, come premesso, è che nel giudizio di secondo grado, pur risultando particolarmente accentuato il momento di controllo sulla sentenza di prime cure, non si addivene ad un'ideale dissociazione tra una prima fase rescindente ed una seconda rescissoria. Lo

«quando nel procedimento d'impugnazione si emana una nuova sentenza *di merito* che conferma o riforma la prima sentenza, questa seconda sentenza deve ormai considerarsi come l'*unica* statuizione emanata dall'autorità giurisdizionale in merito alla controversia». Particolarmente approfondita anche la ricostruzione elaborata da CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 539 ss., la quale tuttavia non sembra compatibile con l'attuale assetto del giudizio d'appello, e con l'attività di "riesame critico" svolta in ogni caso dal giudice superiore per addivenire alla riforma o, se del caso, alla conferma della sentenza gravata. Segnatamente, per quanto attiene ai rapporti tra giudizio rescindente e rescissorio e alla produzione dell'effetto sostitutivo, l'illustre A. osserva che «per la rilevata connessione tra il controllo (*iudicium rescindens*) e la sostituzione dell'atto (*iudicium rescissorium*) si può pensare che l'uno e l'altro si fondano nel senso che non tanto l'accertamento della ingiustizia dell'atto preceda il compimento del nuovo atto quanto proceda da questo; insomma che si sostituisca un atto all'altro senza una preventiva constatazione della ingiustizia del primo. In tal caso la impugnazione mette capo comunque alla sostituzione dell'atto, cioè al giudizio rescissorio; ma se il primo atto è ritenuto giusto i due atti coincidono e solo nella contraria ipotesi i due atti divergono, onde l'*iudicium rescissorium* si sdoppia nelle due ipotesi della *conferma* e della *riforma* dell'atto impugnato», dove la conferma sta ad indicare il «*compimento di un atto conforme all'atto impugnato*». Ora, stando alle affermazioni surrichiamate dovrebbe derivarne che nel giudizio di secondo grado l'accertamento dell'ingiustizia dell'atto non andrebbe intesa come fase necessaria dell'appello, ma risulterebbe *in re ipsa* dal sol fatto che il giudice abbia adottato una decisione dal contenuto diverso di quella impugnata. In tale contesto la sentenza del primo giudice risulterebbe errata o comunque ingiusta semplicemente perché diversa dalla decisione resa in appello. Tuttavia, per quanto dimostrato finora, si ricorda che, nell'attuale contesto normativo, è solo il previo accertamento degli errori di giudizio o di attività commessi in primo grado che consente al giudice superiore di decidere in senso diverso la lite tra le parti. Di qui, l'inattualità della tesi carneluttiana di cui si è detto poc'anzi.

³ Naturalmente la pronuncia sul merito della lite è altresì preclusa qualora il giudice riscontri l'insussistenza dei presupposti e requisiti processuali per l'instaurazione dell'appello.

svolgimento di quest'ultima fase è in ogni caso assicurato (salve le eccezioni di cui s'è detto poc'anzi, tipizzate dall'art. 105 c.p.a.), di guisa che l'accertata insussistenza degli *errores* censurati dall'appellante non si traduce nel mero rigetto dell'impugnazione ma nella conferma della *regula iuris* contenuta nella prima sentenza. Ne viene che la disciplina del rapporto sostanziale devoluto alla cognizione del giudice d'appello è in ogni caso contenuta nella pronuncia di secondo grado, non già in quella di prime cure, quand'anche il giudice si sia limitato a confermare le statuizioni rese con la sentenza di primo grado.

Quel che ne risulta è un mezzo d'impugnazione che si introduce attraverso specifiche doglianze, si appunta sulla decisione di primo grado (che per quanto dimostrato costituisce l'oggetto immediato dell'appello), ma è poi destinato a concludersi con una pronuncia che è comunque sostitutiva di quella precedente. Si tratta di rilievi del resto consolidati e frutto di continue stratificazioni tra i contributi della dottrina e le pronunce della giurisprudenza.⁴

Tuttavia, è bene altresì considerare che tali affermazioni di principio raramente sono oggetto di compiuti approfondimenti scientifici volti ad attestarne la validità alla luce dell'attuale contesto normativo e della specifica struttura dell'appello prevista dal legislatore. Si pone pertanto il bisogno di verificare se i rilievi sopra riportati possano vantare un'effettiva solidità a fronte della particolare conformazione del giudizio di secondo grado esaminata nel corso del lavoro. Lo studio dell'effetto sostitutivo dell'appello (*id est*: l'ambito entro cui la pronuncia resa in sede di gravame esplica i propri effetti e l'idoneità di essa a sostituirsi alla decisione di primo grado) non può essere condotto, infatti, per petizioni di principio, ma va realizzato tenendo conto dello stringente rapporto che intercorre tra il contenuto della domanda-atto d'appello, il materiale di causa sulla base del quale il giudice di secondo grado forma il proprio convincimento, e da ultimo, per l'appunto, l'ambito di efficacia della sentenza resa in sede d'impugnazione.

In tal senso, pertanto, un primo chiarimento va effettuato a proposito dello spazio entro il quale opera l'effetto sostitutivo che si è detto caratterizzare

⁴ Cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4829.

la sentenza del giudice di secondo grado. Invero, ricordando che la *cognitio causae* di quest'ultimo può non investire l'intero oggetto del giudizio di prime cure ma riguarda quella sola parte della *res in iudicium deducta* ricompresa nel capo (o nei capi) della sentenza impugnata (cfr. Cap. III, sez. *prima*, par. 2), va conseguentemente rilevato che l'effetto sostitutivo può non essere integrale, ma meramente parziale, nell'ipotesi in cui le censure svolte d'appellante siano indirizzate soltanto contro alcuni dei capi di quella sentenza. In altri termini, l'effetto sostitutivo ha modo di operare in tutta la sua pienezza solo laddove il riesame del giudice di secondo grado sia svolto sull'intera pronuncia resa in prime cure, mentre si realizza entro un'area più ristretta ove l'impugnazione investa soltanto uno o più dei vari capi che compongono la sentenza del primo giudice.⁵ Tali affermazioni, oltre ad essere pienamente coerenti con quanto detto a proposito dell'ampiezza che caratterizza l'effetto devolutivo dell'appello e del principio dispositivo a cui pure il secondo grado di giudizio è informato (cfr. Cap. III, sez. *prima*, par. 1), costituiscono il risvolto pressoché necessitato della previsione contenuta all'interno dell'art. 329, comma 2 c.p.c., il quale prevede che la sentenza di primo grado, per la parte non impugnata, passa in giudicato secondo il meccanismo dell'acquiescenza tacita, conservando in tal guisa la propria efficacia.⁶ Se ne ricava che nel caso di un'impugnazione parziale, la

⁵ Sul punto, ampiamente, BERTOLDI V., *Effetto sostitutivo della conferma in appello e titolo esecutivo*, in *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, a cura di CAPPONI B., SASSANI B., STORTO A., TISCINI R., Torino, 2014, pp. 141 ss., la quale osserva che tra gli elementi che hanno concorso a determinare il superamento dell'idea di un appello idoneo a metter capo ad una sentenza integralmente sostitutiva, figurano: la crescente pregnanza assegnata ai motivi d'appello ed il ruolo da essi assunto quali selettori dell'ambito della cognizione e della decisione in sede d'appello (p. 142); la previsione della sanzione di inammissibilità dell'impugnazione in caso di «aspecificità dei motivi, per la loro inidoneità, in tal caso, ad evitare la formazione del giudicato» (pp. 143-144); l'affinamento della nozione di parte di sentenza, rilevante ai fini dell'art. 329, comma 2 c.p.c., sempre più nel senso di frazione o unità minima contenente la decisione di ogni singola questione (pp. 144-147).

⁶ Ciò, salvo il caso in cui si diano capi della sentenza dipendenti da quelli espressamente impugnati, i quali andranno considerati anch'essi automaticamente attratti nell'ambito dell'oggetto del giudizio di appello, quanto meno per il caso in cui si giunga alla riforma del capo principale espressamente appellato e si imponga quindi l'estensione della riforma anche ai capi da esso dipendenti. In termini, CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 179.

disciplina del rapporto controverso andrà congiuntamente ricavata dalla sentenza del giudice d'appello e dalla pronuncia del giudice di primo grado.⁷

La seconda questione attiene invece alla stessa possibilità che l'effetto sostitutivo abbia a prodursi in presenza di una sentenza d'appello che rigetti integralmente nel merito le censure sviluppate dall'appellante, confermando sotto ogni aspetto il *dictum* del primo giudice, anche per quanto riguarda la parte motiva di quella pronuncia.

Per verificare l'anzidetta possibilità è innanzitutto necessario richiamare alcune considerazioni svolte a proposito dell'oggetto del giudizio di secondo grado, ricordando che la necessità per l'appellante di sviluppare a pena d'inammissibilità specifiche censure nei riguardi della sentenza impugnata, secondo quanto prescritto dall'art. 101, comma 1 c.p.a., comporta che l'oggetto immediato dell'appello debba essere individuato non già nell'originario rapporto controverso, bensì nella sentenza di prime cure avverso cui si dirigono quelle specifiche doglianze (cfr. Cap. II, par. 6).⁸ Insomma, il rapporto giuridico

⁷ Così, ancora, CONSOLO C., *op. ult. cit.*, p. 38.

⁸ La tesi in esame trova peraltro unanimemente d'accordo la giurisprudenza successiva al *Codice*. Cfr., a riguardo, Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390, ove si afferma che «nel processo amministrativo oggetto dell'appello è innanzitutto la sentenza appellata e, solo in via mediata, la controversia sollevata nel giudizio di primo grado nel quale è stata contestata la legittimità di uno o più atti amministrativi; peraltro, solo l'eliminazione della sentenza appellata consente al giudice di appello di poter esaminare, nei limiti dei motivi di impugnazione, le altre questioni che hanno formato oggetto (o avrebbero dovuto formare oggetto) del giudizio di primo grado». Sul punto, anche Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2016, n. 1517: «Ai sensi dell'art. 101 comma 1, c.p.a., spetta alla parte appellante formulare specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, con conseguente inammissibilità di una mera riproduzione dei motivi di doglianza di primo grado, atteso che l'appello non è un *iudicium novum*, avendo a oggetto le critiche rivolte al *decisum* di primo grado». In senso conforme, Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4392. In termini analoghi, Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2015, n. 5013: «Nel giudizio amministrativo l'appellante ha lo specifico onere di formulare, a pena d'inammissibilità, una critica puntuale della motivazione della sentenza impugnata, posto che l'oggetto di tale giudizio è costituito da quest'ultima e non dal provvedimento gravato in primo grado». Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778: «Nel giudizio amministrativo, è specifico onere dell'appellante formulare una critica puntuale della motivazione della sentenza appellata, posto che l'oggetto di questo giudizio è anzitutto costituito da quest'ultima prima che dal provvedimento gravato in primo grado, e che il suo assolvimento esige la deduzione di specifici motivi ed

sostanziale, che nel presente lavoro si è ritenuto di identificare come oggetto (mediato) dell'appello, entra nel secondo giudizio attraverso il filtro della pronuncia di primo grado, la quale non può essere considerata *tamquam non esset*.⁹ Ed è per questo che il giudice d'appello non può concentrarsi direttamente sulla concreta situazione sostanziale, ma deve avere come necessario parametro di riferimento la sentenza impugnata, da sottoporre a riesame alla luce delle specifiche censure avanzate dall'appellante.

In questo quadro, posto che la riforma della sentenza di prime cure è domandata in ragione degli errori di giudizio o di attività asseritamente commessi dal giudice *a quo*, almeno in un primo momento, il giudizio di secondo grado non ha ad oggetto il rapporto controverso, bensì l'accertamento dei vizi censurati con gli specifici motivi di impugnazione.¹⁰ Di conseguenza, solo dopo che il giudice abbia attestato la sussistenza degli *errores in iudicando* o *in procedendo* denunciati all'interno del ricorso, egli potrà riformare la sentenza impugnata nel senso indicato dall'appellante, formulando una nuova *regula iuris* in sostituzione di quella contenuta nella decisione di prime cure. Si tratta di rilievi pacificamente condivisi nel panorama dottrinale, soprattutto da coloro che si sono soffermati recentemente sulla vigente disciplina dell'appello.¹¹

argomentazioni di contestazione della correttezza del percorso argomentativo che ha fondato la decisione appellata».

⁹ Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4829.

¹⁰ PROTO PISANI A., *Note sull'appello civile*, cit., § 9.

¹¹ Osserva ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., § 4.4., che «è dunque inevitabile, date le premesse, ritenere che vi sia un momento in cui l'organo giurisdizionale d'appello verifichi la sussistenza degli errori denunciati attraverso la citazione». Di avviso analogo MANCUSO R., *I motivi specifici dell'atto d'appello*, cit., § 7, secondo cui «l'allegazione di ragioni specifiche, che denuncino gli errori *in procedendo* o *in iudicando* commessi dal giudice di prima istanza parrebbe necessaria perché si possa procedere all'esame dell'impugnazione». Sul punto anche DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità dell'appello senza motivi e ampiezza dell'effetto devolutivo*, cit., § 7, ove si osserva che «l'appello si configura così come gravame bensì a critica libera - poiché non vi è predeterminazione legislativa delle "tipologie" di censure ammesse nei confronti della sentenza di primo grado -, ma a cognizione vincolata dagli specifici motivi di impugnazione avanzati, poiché la libertà di critica si "concretizza", all'atto di proposizione dell'appello, nelle censure espressamente svolte, che circoscrivono le possibilità cognitive e decisorie in sede di

Ora, attraverso un compiuto ed attento sviluppo di quanto sopra riportato, un'autorevole voce della dottrina ha teorizzato che solo quando l'accertamento del giudice del gravame si concluda nel senso della sussistenza degli errori di giudizio o di attività censurati nell'atto d'impugnazione, il processo d'appello potrebbe avere ad oggetto il rapporto controverso in primo grado ed esplicare funzione sostitutiva.¹² Al contrario, ove la sentenza d'appello sia di integrale conferma della pronuncia di prime cure sarebbe assai difficile continuare a

gravame». A conferma di quanto segnalato nel testo, si veda inoltre POLI R., *Giusto processo e oggetto del giudizio d'appello*, cit., § 5, che intende l'appello come «giudizio finalizzato, almeno in prima battuta [...] alla verifica degli eventuali *errores* in fatto ed in diritto commessi dal giudice di primo grado, piuttosto che ad un nuovo esame della domanda»; ID., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., pp. 493 ss., ove l'A., articolando in maniera più puntuale le anzidette osservazioni, ritiene che il giudizio d'appello (così come pure quello di cassazione) avrebbe per oggetto immediato e diretto le singole parti di sentenza censurate con gli specifici motivi, e quale oggetto indiretto la situazione giuridica controversa. Cosicché all'interno di quel giudizio sarebbe possibile distinguere due fasi: la prima di tipo strettamente rescindente, finalizzata alla verifica della sussistenza dell'*error* denunciato con il motivo d'impugnazione, la quale, in caso di fondatezza di quest'ultimo comporta la rescissione (*id est*: l'eliminazione dal mondo giuridico) della sentenza impugnata nella parte viziata; la seconda fase, rescissoria, nella quale il giudice d'appello, emendato il ragionamento giudiziale dall'*error* che lo inficia, emette una statuizione sostitutiva sul merito della controversia (p. 507). Tali affermazioni vengono rese in maniera ancor più netta dallo stesso A., il quale precisa (p. 509) che «quando la parte di sentenza impugnata ha per oggetto la questione di esistenza/inesistenza di un fatto storico, si assiste ad un preliminare *controllo* di esistenza del vizio denunciato con il motivo, con successivo riesame, in caso di esistenza del vizio, e pronuncia sostitutiva sulla questione». Valga peraltro precisare che sebbene gli anzidetti contributi sono stati sviluppati nel panorama della dottrina processualcivile degli ultimi anni (avendo riguardo alla formulazione dell'art. 342 c.p.c. prima della riforma operata con d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012), essi restano validi anche per l'appello amministrativo, stante il forte accostamento della disciplina di quest'ultimo a quella riservata al giudizio di secondo grado nel processo civile. Più risalente invece lo studio di CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 137 (nota 23), da cui pur possono ricavarci argomenti a favore della tesi prospettata nel testo, ove l'A. – sebbene con specifico riferimento ai vizi di attività censurati in sede d'impugnazione – rileva che «il primo ed essenziale effetto, che la decisione d'impugnazione deve conseguire, è l'eliminazione della precedente sentenza: solo così, ed in quanto il processo debba continuare, si potrà concepire la necessità di una nuova sentenza ed in questo contesto la possibilità di riesercitare quei poteri prescindendo dal vizio già incorso».

¹² PROTO PISANI A., *Note sull'appello civile*, cit., § 9.

sostenere che la disciplina di quella parte del rapporto controverso devoluta al giudice d'appello sia contenuta nella sentenza di secondo grado piuttosto che in quella resa in prima istanza.¹³ Conseguentemente, la produzione dell'effetto sostitutivo andrebbe esclusa in tutti quei casi in cui il giudice dell'impugnazione, riscontrata l'infondatezza dei motivi d'appello, si sia limitato a confermare in ogni suo punto la decisione del primo giudice.¹⁴

¹³ PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, cit., § 5.

¹⁴ Sul punto, peraltro, si segnalano due recenti – seppur isolati – arresti della Suprema Corte di cassazione (Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3074; sez. III, 12 febbraio 2013, n. 3280), la quale, con riferimento all'ipotesi di una sentenza d'appello confermativa (pronunciata dal giudice civile), poi annullata in sede di rinvio, ha offerto una sofisticata ricostruzione teorica relativa all'efficacia sostitutiva dell'appello, negando, in sintesi, che la sentenza di conferma resa in seconde cure abbia un vero e proprio effetto sostitutivo di quella di primo grado, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti legati all'esecuzione forzata che faccia seguito al processo di cognizione. La Corte, in particolare, ha messo in rilievo «l'oggettivo relativismo della pretesa [tesi della] sostituzione. Relativismo che, del resto, è aumentato nel corso degli anni di vigenza del codice di rito, in ragione dell'oggettivo attenuarsi di quello che rappresentava la premessa giustificativa dell'effetto sostitutivo della sentenza confermativa d'appello di merito, cioè il cd. carattere devolutivo del giudizio di appello. Carattere, com'è noto, profondamente inciso dalla riforma di cui alla L. n. 353 del 1990 con le limitazioni introdotte al regime dei *nova* di cui all'art. 345 c.p.c. ed anzi ulteriormente attenuatosi dopo la riforma di cui al D.L. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni, in L. n. 134 del 2012. L'orientamento tradizionale, dunque, risulta poggiare anche su un concetto tralaticio, quello dell'effetto devolutivo dell'appello, che ormai la stessa dottrina riconosce del tutto relativizzato». Ciò premesso, la Corte, fermando l'attenzione sull'ipotesi in cui si debba iniziare l'esecuzione dopo la sentenza d'appello, confermativa per ragioni di merito della pronuncia di primo grado già costituente titolo esecutivo, ha osservato che «con riguardo a tale situazione, sembra, in realtà, costituire un artificio formale logicamente poco comprensibile il ritenere che il titolo esecutivo sia rappresentato dalla sentenza di appello confermativa e non piuttosto dalla combinazione della sentenza di primo grado e di essa, cioè dalla complessiva vicenda per cui la sentenza di primo grado costituente titolo esecutivo e come tale individuatrice del diritto per cui si può procedere all'esecuzione vede conservato tale valore dal modo di essere della sentenza di appello». È bene tuttavia segnalare che alla predetta ipotesi ricostruttiva hanno fatto da *pendant* pronunce della stessa Corte di cassazione che in aperto contrasto con le sentenze surrichiamate, hanno ribadito la bontà dell'impostazione tradizionale, anche con riferimento agli aspetti legati alla procedura esecutiva. In tal senso, cfr. Cass. civ., sez. III, 7 febbraio 2013, n. 2955: «L'appello costituisce un mezzo di impugnazione che, attuando il principio del doppio grado di giudizio, si conclude con una sentenza destinata a sostituirsi a quella di primo grado - purché investa il merito del rapporto controverso - ad ogni effetto e,

Si tratta di una tesi che si pone, com'è evidente, in dichiarata discontinuità rispetto alle ricostruzioni solitamente fornite dagli studiosi del diritto processuale, ricostruzioni secondo le quali, per quanto già precisato, la sentenza d'appello sostituisce senz'altro quella di prime cure a prescindere dall'esito del secondo grado di giudizio, che sia di riforma o di conferma nel merito delle statuizioni del primo giudice.

L'interrogativo che a questo punto si pone è il seguente: una ricostruzione teorica come quella richiamata poco sopra, secondo cui l'effetto sostitutivo conosce un diverso regime a seconda del contenuto (di riforma o di conferma) della sentenza appellata, può essere accettata soltanto in una prospettiva *de iure condendo* o può godere invece di una qualche validità alla luce del diritto vivente?

Per cercare di fornire una plausibile risposta alla predetta questione è necessario svolgere alcune considerazioni sul modo in cui si atteggiavano i rapporti tra la fase rescindente e quella rescissoria in sede d'appello.

Invero, per quanto rilevato finora, si ricorda che secondo la tesi sposata dalla dottrina maggioritaria, quando il giudice accerta l'inesistenza degli *errores in iudicando* o *in procedendo* censurati nel ricorso d'appello, egli non si limita ad attestare l'infondatezza dei motivi di impugnazione, ma implicitamente afferma la legittimità e la giustizia della regola di giudizio stabilita dal giudice di primo grado per risolvere la lite, confermando in sede d'appello la stessa disciplina del rapporto controverso già recata dal *decisum* di prime cure. Ciò comporta che il momento di controllo degli errori del primo giudice (*id est*: la fase rescindente), pur rappresentando una dimensione necessaria del giudizio di secondo grado, non vanta un'efficacia senz'altro preclusiva rispetto alla fase rescissoria.

Affinché tale affermazione possa riuscire pienamente compresa, può risultare opportuno distinguere i due eventuali esiti che possono caratterizzare nel merito il giudizio di secondo grado.

In specie, ove il giudice d'appello ritenga fondati i motivi di critica sviluppati dalla parte che ha proposto l'impugnazione egli, come visto, procede

dunque, anche a quelli esecutivi, sicché la cassazione della sentenza di secondo grado non fa rivivere l'efficacia di quella di primo grado, indipendentemente dal fatto che la stessa fosse stata confermata o riformata in appello». In senso analogo, Cass. civ., sez. III, 16 aprile 2013, n. 9161.

ad una nuova formulazione della *regula iuris* da applicare alla fattispecie controversa già decisa in prima istanza, potendosi cogliere in questo caso agevolmente la presenza di entrambe le fasi, rescindente e rescissoria, che si atteggiavano tra loro in un rapporto di successione logica, benché, svolgendosi all'interno del medesimo processo, esse finiscono con il confondersi.

Al contrario, ove il giudice d'appello non ritenga fondate le specifiche doglianze avanzate dall'appellante, il *iudicium rescindens*, cioè la fase di controllo degli errori di giudizio o di attività specificamente censurati, fase di cui è possibile apprezzare l'esistenza *ictu oculi*, assorbe al suo interno il momento rescissorio. Tra le due fasi non si pone dunque un rapporto di successione logica (come si è visto accadere nel caso dell'accoglimento dell'impugnazione), ma si instaura una relazione di natura diversa, che si potrebbe definire di coincidenza o corrispondenza logica, dalla quale deriva che il rigetto dei motivi di impugnazione è esso stesso conferma e nuova (implicita) affermazione della stessa regola di giudizio recata dalla prima sentenza.¹⁵

Del resto, a voler negare l'esistenza di un effetto sostitutivo per quelle fattispecie in cui la sentenza pronunciata in appello sia di mera conferma del primo *decisum*, dovrebbe derivarne una struttura dell'appello in ogni caso

¹⁵ Sul punto appare utile richiamare alcuni arresti dei giudici amministrativi che hanno preso espressa posizione a riguardo. Cfr., in particolare, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 20 ottobre 2015, n. 2583: «La parte che intende instaurare la procedura esecutiva dopo l'emissione della sentenza d'appello, recante la conferma di quella di primo grado già esecutiva, è tenuta a notificare quale titolo esecutivo la sola sentenza d'appello e ad indicare quale titolo giustificativo della pretesa esecutiva la sentenza d'appello stessa. Tale pronuncia, invero, fatta eccezione per i casi di inammissibilità, improponibilità ed improcedibilità del gravame, sostituisce la sentenza di primo grado, sia in caso di riforma che in caso di conferma della stessa». Tar Lazio, Latina, sez. I, 31 ottobre 2014, n. 922: «Nel caso di giudizio per l'esecuzione del giudicato di una sentenza del giudice ordinario di primo grado che sia stata oggetto d'appello, la sentenza d'appello — salvo il caso in cui l'appello sia stato respinto per ragioni processuali — si sostituisce interamente alla sentenza di primo grado sia in caso di riforma che in caso di conferma, con la conseguenza che a passare in giudicato è la sentenza d'appello e non quella di primo grado; pertanto il titolo esecutivo da notificare per promuovere l'esecuzione è costituito dalla sentenza di appello, mentre, nel caso in cui questa sentenza dichiari solo l'inammissibilità, l'improponibilità o l'improcedibilità del gravame, il provvedimento da notificare come titolo esecutivo è quello del giudice di primo grado».

nettamente bifasica, tale per cui i rapporti tra il momento rescindente e quello rescissorio siano regolati nel senso di un'imprescindibile successione tra le due fasi che segnerebbe tra loro una necessaria cesura. Ma a questo punto non si comprenderebbe la ragion d'essere della previsione contenuta nell'art. 105 c.p.a., in cui il legislatore ha tipizzato i casi in cui il giudice deve limitarsi alla mera reiezione dell'appello, ossia allo svolgimento della sola fase rescindente, con esclusione di ogni effetto sostitutivo della seconda pronuncia sulla prima. Invero, se le fattispecie previste dalla disposizione anzidetta rappresentano un *numerus clausus*, è di tutta evidenza che ogni tentativo di estendere a casi non previsti – come quelli della conferma di merito della sentenza di primo grado – la disciplina recata dall'art. 105 c.p.a., e dunque l'esclusione dell'effetto sostitutivo per l'assenza di una fase rescissoria, sortirebbe l'effetto di violare il dettato della legge.

L'effetto sostitutivo dell'appello, dunque, sebbene non espressamente codificato, è a tutt'oggi desumibile sul piano sistematico,¹⁶ e non può convenirsi con le pur autorevoli prospettazioni teoriche che ravvisando, rispetto a detto effetto, un *modus operandi* diverso da quello che invece caratterizzava la sostituzione immediata ed integrale della sentenza appellata nel modello di gravame puro, hanno teorizzato la crisi del carattere normalmente sostitutivo dell'appello.¹⁷

2. Osservazioni conclusive circa l'oggetto e la funzione del giudizio d'appello.

I risultati della presente ricerca consentono ed impongono a questo punto alcune riflessioni conclusive, che portano a dover ricondurre i molteplici profili strutturali dell'appello amministrativo alla teoria generale dei mezzi di

¹⁶ A riguardo, ampiamente, BERTOLDI V., *Effetto sostitutivo della conferma in appello e titolo esecutivo*, cit., pp. 157-171.

¹⁷ Di crisi dell'effetto sostitutivo discorre espressamente PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, cit., § 5.

impugnazione di cui s'è detto in apertura dell'indagine (cfr. Cap. I, parr. 2, 3), si da verificare se l'evoluzione che ha interessato l'istituto in esame si sia tradotta, da ultimo, in una sua diversa dimensione teleologica.

A riguardo, non si cessa di ricordare che il diverso atteggiarsi degli elementi che caratterizzano la struttura dell'appello può determinare il passaggio da un rimedio avente funzione rinnovatoria ad uno recante funzione eliminatoria. Ciò che si verifica, segnatamente, qualora nel giudizio di seconde cure l'eliminazione della sentenza rappresenti il momento centrale e decisivo dell'impugnazione, nel senso che questa è intesa ad ottenere il mero controllo del *decisum* di primo grado piuttosto che una nuova pronuncia sul rapporto controverso.

Ebbene, per quanto dimostrato nel corso del lavoro, si rammenta che da un punto di vista strutturale l'istituto dell'appello amministrativo si caratterizza per i seguenti aspetti: *a)* la particolare pregnanza assegnata ai motivi d'appello – vale a dire (utilizzando il linguaggio del legislatore), alle specifiche censure che debbono essere rivolte contro la sentenza gravata – i quali presentano al contempo una funzione individuatrice del *quantum appellatum* ed una funzione esplicativa delle ragioni di critica della sentenza; *b)* l'affermata inammissibilità del ricorso d'appello allorché non siano stati formulati specifici motivi di impugnazione; *c)* l'oggetto immediato del giudizio, individuabile nella sentenza di primo grado; *d)* l'elaborazione del concetto di capo di sentenza (rilevante per la definizione dell'ambito entro cui opera l'effetto devolutivo) che si è detto corrispondere alla decisione di ogni singola questione; *e)* l'onere di riproposizione delle domande ed eccezioni tecnicamente assorbite; *f)* la generale – seppur non assoluta – chiusura allo *ius novorum* nel giudizio di secondo grado. Aspetti, quelli sopra richiamati, che considerati in una lettura d'insieme valgono a fondare il convincimento secondo cui il giudizio d'appello si presenta come strutturalmente prossimo al *genus* delle c.d. azioni di impugnativa.

Allo stesso tempo, si è però evidenziato che pur nell'ambito di un giudizio la cui struttura si presenta in senso marcatamente impugnatorio, il giudice continua a poter conoscere dell'originario rapporto controverso, il quale entra nel secondo giudizio attraverso il filtro rappresentato dalla pronuncia di primo

grado e dalle specifiche censure contenute nell'atto d'appello. Cosicché, attraverso il sindacato sulla fondatezza dei motivi di impugnazione sviluppati dall'appellante, il giudice, ad eccezione dei casi in cui debba pronunciare una sentenza di rito per il difetto di un presupposto o requisito processuale ovvero dei casi tipizzati dall'art. 105 c.p.a., riformula la regola di giudizio volta a definire nel merito la lite tra le parti. Egli fa dunque esercizio della *cognitio causae* che, come si ricorda (cfr. Cap. I, par. 3), costituisce il vero elemento strutturale indefettibile a che un rimedio possa intendersi come espressione di un giudizio avente funzione rinnovatoria. Ciò vale per la fattispecie in cui il giudice attesti la fondatezza dei motivi di impugnazione, nel qual caso egli riformula la regola di giudizio volta a definire nel merito il rapporto controverso tra le parti; ma vale altresì per la fattispecie in cui le censure mosse dall'appellante avverso la sentenza gravata risultino prive di fondamento, nel qual caso il rigetto dei motivi di impugnazione equivale ad una riaffermazione *ex novo* della stessa regola di giudizio contenuta nel *decisum* di primo grado.

In conclusione, dal punto di vista teleologico, l'appello, pur all'esito della profonda evoluzione giurisprudenziale e legislativa che lo ha caratterizzato, continua ad assicurare un nuovo giudizio sulla lite piuttosto che un mero controllo sulla legittimità della sentenza impugnata. In questo quadro, quel che viene a delinearsi è un mezzo ibrido, che si introduce nella forma dell'impugnazione, ma che dà luogo ad un giudizio che, nello svolgimento e nell'esito, è ancora caratterizzato da un'ineludibile funzione rinnovatoria.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE G., *L'oggetto della giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, II.
- ABBAMONTE G. – LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997.
- ALLORIO E., *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, II.
- ALLORIO E., *Intervento del prof. Enrico Allorio, ordinario dell'Università di Milano, in Il doppio grado di giurisdizione: Atti del XII Convegno nazionale (Venezia, 14-15 ottobre 1977)*, Milano, 1980.
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957.
- ALLORIO E., *Sul doppio grado nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1982.
- AMMANNATI L., *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in *Le riforme crispine*, II, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1990.
- ANDREANI A., *Dispositivo e contenuto decisorio della sentenza amministrativa (una premessa per lo studio del giudizio di ottemperanza)*, in *Riv. dir. proc.*, 1983.
- ANDREANI A., *Forma del ricorso ed esercizio dell'azione nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1983.
- ANDRIOLI V., *Commento al Codice di procedura civile*, I, Napoli, 1941.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956.
- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.
- ATTARDI A., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961, IV.
- BALENA G., *Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, in *Foro it.*, 2000, I.
- BALENA G. – ORIANI R. – PROTO PISANI A. – RASCIO N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I.
- BALZANO N., *Acquiescenza, parti della sentenza e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II.
- BASSI F., *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, III.
- BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, voce in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.
- BENVENUTI F., *Istruzione nel processo amministrativo*, voce in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

- BERRUTI A., *Il doppio grado nella giurisdizione amministrativa*, in *Problemi attuali di giustizia amministrativa*, Milano, 1976.
- BERTI G., *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972.
- BERTOLDI V., *Effetto sostitutivo della conferma in appello e titolo esecutivo*, in *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, a cura di CAPPONI B., SASSANI B., STORTO A., TISCINI R., Torino, 2014.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936.
- BIAVATI P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, IV.
- BONSIGNORI A., *Critica dell'effetto devolutivo in senso generico ed astratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972.
- BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974.
- BONSIGNORI A., *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976.
- BONSIGNORI A., *Premesse allo studio dell'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971.
- BOVE M., *Mutatio ed emendatio libelli – Individuazione dell'oggetto del processo e mutatio libelli*, in *Giur. it.*, 2016, VII.
- CACCIAVILLANI C., *Il giudicato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di SCOCA F.G., Torino, 2014.
- CAIANIELLO V., *Commento all'art. 125 della Cost.*, in *Commentario della Costituzione, Art. 121-127*, a cura di BRANCA G., Bologna-Roma, 1990.
- CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, II.
- CALAMANDREI P., *Appello civile*, voce in *Enc. it.*, III, Roma, 1929.
- CALAMANDREI P., *Appunti sulla reformatio in peius*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I.
- CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, Firenze, 1915, ora in *Opere giuridiche*, vol. VIII, a cura di CAPPELLETTI M., Napoli, 1979.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, rist. ed. 1911-1914.
- CANNADA BARTOLI E., *Processo amministrativo (Considerazioni introduttive)*, voce in *Noviss. Dig.*, vol. XIII, Torino, 1966.
- CAPPELLETTI M., *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1969, IV.

- CARBONE A., *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. TAR*, 2011, IX.
- CARBONE A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, II.
- CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.
- CARBONE A., *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, III.
- CARDI E. – COGNETTI S., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, voce in *Dig. disc. pubb.*, V, Torino, 1990.
- CARLOTTI G., *Il divieto dei nova in appello*, in *Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013.
- CARNELUTTI F., *Capo di sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1933.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1926.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938.
- CARRATTA A., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in *Giur. it.*, 2009, VI.
- CATALLOZZI W., *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo dinanzi ai giudici amministrativi ordinari*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981.
- CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975.
- CAVALLONE B., *Anche i documenti sono « mezzi di prova » agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, III.
- CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, Torino, 1980.
- CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.
- CERINO-CANOVA A., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1978.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, Roma, 2016.
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, II.

- CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979.
- CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, II.
- CHIARLONI S., *Appello (Diritto processuale civile)*, voce in *Enc. giur.*, II, Roma, 1995.
- CHIEPPA R., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928.
- CHIOVENDA G., *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I.
- CHITI M. P., *L'introduzione del giudizio*, in *Corso di diritto amministrativo*, VII, diretto da CASSESE S., Milano, 2013.
- CLARICH M., *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- CLARICH M., *Il nuovo codice del processo amministrativo – Le azioni*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, XI.
- COMOGLIO L.P., *Art. 24*, in *Commentario della Costituzione, Art. 24-26*, a cura di BRANCA G., Bologna-Roma, 1981.
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980.
- COMOGLIO L.P., *La domanda giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988.
- COLETTA M., *Sulla natura assorbente del vizio-motivo di incompetenza a margine dell'Adunanza plenaria n. 5/2015*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, I.
- CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, voce in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991.
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2014.
- CONSOLO C., *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, V.
- CONVERSO A., *Il giudizio d'appello*, in www.csm.it.

- CORLETTI D., *Commento all'art. 104 Codice del processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di LOPILATO V. – QUARANTA A., Milano, 2010.
- CORLETTI D., *Commento all'art. 105 Codice del processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di QUARANTA A. – LOPILATO V., Milano, 2010.
- CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, V.
- COSSIGNANI F., *Riflessioni sulle recenti modifiche dell'art. 345 c.p.c. (legge n. 69/2009 e legge n. 134/2012)*, in *Giur. it.*, 2013, I.
- CREPALDI G., *Nuove prove in appello ed autonomia della disciplina del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2014, II.
- CRISAFULLI V., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, I.
- CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII.
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.
- D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1934.
- D'ALESSIO F., *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915.
- D'ONOFRIO P., *Appello civile*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937.
- D'ONOFRIO P., *Appello (diritto processuale civile)*, voce in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957.
- DANOVI F., *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, VI.
- DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità dell'appello senza motivi e ampiezza dell'effetto devolutivo*, in *Corr. Giur.*, 2000.
- DE CRISTOFARO M., *Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principii del giusto processo*, in *Corr. Giur.*, 2002, I.
- DE GIORGI CEZZI G., *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, VIII.
- DE LISE P., *La giustizia amministrativa nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, 2015, Milano Fiori Assago.
- DE NICTOLIS R., *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in www.federalismi.it.

- DE PRETIS D., *L'appello*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di SANDULLI A., Milano, 2013.
- DELITALIA G., *L'appello incidentale del Pubblico Ministero*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, IX.
- DI RENZO M., *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968.
- DIVIZIA P., *Considerazioni in tema di motivi aggiunti nel giudizio amministrativo: profili teorici e tecnica giudiziale*, in *Foro amm. Tar*, 2003, IV.
- DOMENICHELLI V., *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, IV.
- DOMENICHELLI V., *Per un processo amministrativo paritario*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, III.
- FABBRINI G., *Poteri del giudice (diritto processuale civile)*, voce in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- FARES G., *Brevi notazioni sugli effetti del giudicato amministrativo di annullamento rispetto agli atti plurimi*, in *Foro amm. – Tar*, 2006, I.
- FAZZALARI E., *Il doppio grado nella legge sui Tribunali amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1972, II.
- FERRAJOLI L., *I valori del doppio grado e della nomofilachia*, in *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni*, a cura di MANNUZZU S. – SESTINI R., Roma, 1992.
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, III.
- FERRI C., *Appello nel diritto processuale civile*, voce in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995.
- FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975.
- FOLLIERI E., *Il contraddittorio in condizioni di parità*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, II.
- FOLLIERI E., *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, II, Giustizia amministrativa, Milano.
- FONTANA G., *C'era una volta il principio iura novit curia*, in www.giurcost.org.
- FORNACIARI M., *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996.
- FRACCHIA F., *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, IV.
- FRATINI M., *L'opposizione alle sanzioni amministrative. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008.

- GALLO C.E., *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987.
- GALLO C.E., *Appello nel processo amministrativo*, *Aggiorn.*, 2012, a cura di BAIONA S., in *Digesto on-line*.
- GALLO C.E., *Funzione e prospettiva dell'appello nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di U. Pototschnig*, Milano, 2002.
- GALLO C.E., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985.
- GALLO C.E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994.
- GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2010.
- GAMBA C., *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda*, Padova, 2008.
- GARDINI G. – MASTRAGOSTINO F. – VANDELLI L., *La giustizia amministrativa nella giurisprudenza*, Rimini, 2014.
- GIACCHETTI S., *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981.
- GIANNINI M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, I, 1956.
- GIANNINI M.S., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966.
- GIANNINI M.S., *Tribunali amministrativi regionali*, in *Temi romana*, 1972.
- GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.
- GIULIETTI W., *Note sulla specificità delle censure alla sentenza appellata*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, IV.
- GIUSTI A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012.
- GOBBI C., *Rapporti di durata, autonomi periodi impositivi e giudicato esterno*, in *Giur. merito*, 2007, IV.
- GONNELLI P., *Le novità del processo amministrativo*, Roma, 2010.
- GROSSI P., *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, IV.
- GUACCI C., *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, Milano, 2013.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, rist. della 3° ed., Padova, 1957.
- IANNOTTA L., *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale)*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, III.

- IANNOTTA L., *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989.
- IARIA D., *I mezzi di impugnazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, IV, a cura di CASSESE S., Milano, 2000.
- IRTI N., «*Codici di settore*»: compimento della «*decodificazione*», in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2005.
- KLITSCHKE DE LA GRANGE T., *Cenni su assorbimento e struttura della decisione del giudice amministrativo*, in *Cons. St.*, 1979, II.
- LAURA A., *Nota a Consiglio di Stato 19 gennaio 1999 n. 1*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, II.
- LAZZARA P., *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies*, l. n. 241/1990, in *Foro amm. – CDS*, 2009, I.
- LEONE G., *Art. 104 – Nuove domande ed eccezioni*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di LEONE G., MARUOTTI L., SALTELLI C., Padova, 2010.
- LEONE G., *Le impugnazioni nel processo amministrativo: profili generali*, Napoli, 1988.
- LEONE G., *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, Padova, 2006.
- LIEBMAN E.T., *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980.
- LIEBMAN E. T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950.
- LIEBMAN E. T., «*Parte*» o «*capo*» di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964.
- LOMBARDI P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, I.
- LUBRANO F., *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, Roma, 1983.
- LUCIANI F., *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, IV.
- LUISO F.P., *Appello nel diritto processuale civile*, voce in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011.
- LUISO F.P., *Le impugnazioni nel progetto di Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, III.
- MANCUSO R., *I motivi specifici dell'atto d'appello*, in *Giust. civ.*, 2006, IV.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile - Editio minor*, I, Torino, 2011.

- MARI G., *Giudice amministrativo ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013.
- MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, II.
- MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.
- MENCHINI S., *La connessione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, IV.
- MENCHINI S., *La rimessione della causa al primo giudice nell'appello amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, II.
- MENCHINI S., *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I.
- MELIS G., *Alle origini dei TAR: l'evoluzione del sistema verso il doppio grado di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- MERLIN E., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.* 2015, II.
- MIELE G., *Il Consiglio di Stato come giudice d'appello*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940.
- MIGLIORINI L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977.
- MIGNONE C., *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984.
- MONTEDORO G., *Brevi considerazioni in tema di principi generali sui mezzi di impugnazione delle sentenze e futura codificazione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009.
- MONTELEONE G., *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I.
- MORTARA L., *Appello civile*, voce in *Dig. It.*, III, 2, Torino, 1890.
- MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, a cura di CARDI A. – NIGRO A., Bologna, 2000.
- NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983.
- NIGRO M., *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, 1967, V.
- NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960.
- NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, III.
- NIGRO M., *Tribunali amministrativi regionali*, in *Temi romana*, 1972.
- OLIVIERI G., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999.
- ORESTANO R., *Appello (Diritto Romano)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

- ORIANI R., *Ancora sull'eccezione di interruzione di prescrizione: a proposito di allegazione e prova*, in *Foro it.*, 2006, I.
- ORIANI R., *Domanda giudiziale*, voce in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989.
- ORIANI R., *Eccezione*, voce in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991.
- ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. Giur.*, 2005, VII.
- ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili d'ufficio). A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma 2°, c.p.c. (II)*, in *Corr. Giur.*, 2005, XIII.
- ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, a cura di ID., Milano, 1901.
- ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891.
- ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1910.
- PAGNI I., *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, IV.
- PAGNI I., *La giurisdizione tra effettività e efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, II.
- PAGNI I., *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, I.
- PAJNO A., *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990.
- PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, I.
- PAJNO A., *Una codificazione per frammenti*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2005.
- PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989.
- PALEOLOGO G., *Forma e autorità delle sentenze amministrative*, in *Cons. Stato*, 1981, II.
- PATRONI GRIFFI F., *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, I.
- PATRONI GRIFFI F., *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, I.
- PERFETTI L., *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, I.
- PERONGINI S., *L'appello nel processo amministrativo*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di CIRILLO G. P., Padova, 2014.

- PERONGINI S., *L'eccezione e la rilevabilità di ufficio del difetto di giurisdizione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2013, II-III.
- PERONGINI S., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011.
- PICOZZA E., *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962.
- PIZZA P., *Note sul regime delle eccezioni nuove proponibili per la prima volta in appello nel processo amministrativo. In particolare, dell'applicabilità dell'art. 345, 2 comma c.p.c., alle controversie riguardanti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, IV.
- PIZZORUSSO A., *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, I.
- POLI R., *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, I.
- POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002.
- POLI R., *Oscillazioni della Suprema Corte in tema di limiti oggettivi del giudicato interno*, in *Giur. it.*, 2002, I.
- POLICE A., *Annullabilità e annullamento*, voce in *Enc. dir.*, vol. I Annali, Milano, 2007.
- POLICE A., *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, IV.
- POLICE A., *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, XI.
- POTOTSCHNIG U., *Appello (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1958.
- POTOTSCHNIG U. – TRAVI A., *Appello (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir., Aggiorn.*, III, Milano, 1999.
- PROTO PISANI A., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I.
- PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990.
- PROTO PISANI A., *Controversie individuali di lavoro*, Torino, 1993.
- PROTO PISANI A., *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, in *Foro it.*, 1986, I.
- PROTO PISANI A., *Intervento del prof. Andrea Proto Pisani, ordinario dell'Università di Firenze*, in *Il doppio grado di giurisdizione: Atti del XII Convegno nazionale (Venezia, 14-15 ottobre 1977)*.

- PROTO PISANI A., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V.
- PROTO PISANI A., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012.
- PROTO PISANI A., *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, I.
- PROTO PISANI A., *Note sull'appello civile*, in *Foro it.*, 2008, V.
- PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, in *Foro it.*, 1991, I.
- PROVINCIALI R., *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962.
- PROVINCIALI R., *Sistema delle impugnazioni*, Padova, 1943.
- QUARANTA A., *Appello – III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988.
- QUARANTA A., *Doppio grado di giurisdizione (principio del) (diritto processuale amministrativo)*, voce in *Enc. giur.*, Roma, XII, 1989.
- QUARANTA A., *L'appello nel sistema dei mezzi di impugnazione delle sentenze dei Tribunali Amministrativi regionali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III.
- RAGNI M., *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, II.
- RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, III.
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, I, disponibile in www.iusexplorer.it.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937.
- RASCIO N., *Ancora sui motivi di appello: il requisito della specificità e le conseguenze della violazione dell'art. 342 c.p.c. nella giurisprudenza della Suprema corte*, in *Foro it.*, 2000, I.
- RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996.
- RICCI E.F., *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, I.
- RICCI E.F., *Doppio grado di giurisdizione (principio del) (diritto processuale civile)*, voce in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988.
- ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1957, III.

- ROEHRSEN G., *Il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio amministrativo*, in *Rass. lav. pubb.*, 1975, I.
- ROEHRSEN G., *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988.
- ROMANO A., *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, VI.
- ROMANO A., *Due sfrangiate questioni in tema di formazione e oggetto della cosa giudicata civile*, in *Corr. Giur.*, 2005, I.
- ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, IV.
- ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975.
- ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958.
- ROMANO A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici d'impugnazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, IV.
- ROMANO S., *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, a cura di ORLANDO V.E., Milano, 1901.
- ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, III.
- ROMANO TASSONE A., *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, III.
- RUFFINI G., *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3, e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle sezioni unite*, in *Corr. Giur.*, 2005, VII.
- RUSCIANO S., *Il ricorso incidentale della parte vittoriosa nel merito è condizionato de iure*, in *Foro it.*, 2009, I.
- SAITTA F., *Commento all'art. 101 del codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- SAITTA F., *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, Milano 2010.
- SAITTA F., *Motivi aggiunti in appello: le prime indicazioni giurisprudenziali alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2011, XI.

- SAITTA F., *Onori (?) ed oneri della «processualcivilizzazione»: Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, III.
- SAITTA F., *Nuove prove in appello: il processo amministrativo si “smarca” dal codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 2014, II.
- SAITTA F., *Prove tecniche di applicazione del codice del processo amministrativo: Palazzo Spada...incerto tra eccezioni in senso proprio e mere difese*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2012, I.
- SAITTA N., *Sette note sui motivi aggiunti*, in www.lexitalia.it.
- SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011.
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904.
- SANDULLI A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.
- SANDULLI A.M., *I tribunali amministrativi regionali*, Napoli, 1972.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.
- SANINO M., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Torino, 2012.
- SANTINI C., *La legittimazione e l'interesse (soccombenza)*, in *Le impugnazioni civili*, a cura di LUIO F. P. – VACCARELLA R., *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013.
- SANTORO S., *Il giudizio amministrativo di secondo grado*, in *Foro amm.*, 1981, II.
- SASSANI B., *Appello (dir. proc. civ.)*, voce in *Enc. dir., Aggiorn.*, 1999, III.
- SASSANI B., Art. 52, in CONSOLO C. - LUIO F.P.- SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 1991.
- SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautele*, Milano, 2012.
- SATTA F., *Assorbimento dei motivi e appello «parziale» al Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1977, III.
- SATTA F., *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, II.
- SATTA F., *Eccezioni nuove in appello*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2002, IX.
- SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986.
- SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997.
- SATTA F., *L'appello nel processo amministrativo*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, 1989, III.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1962, II.
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1967.

- SCHIAFFINO G., *Omessa specificazione dei motivi nell'atto d'appello: nullità o irregolarità?*, in *Riv. dir. proc.*, 1983.
- SCHINAIA M. E. - TESAURO P. - TARANTINI G. - MAZZAROLLI L. - BERTI G., *Considerazioni in tema di effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987.
- SCHMIDT ABMANN E., *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, III.
- SCOCA F. G., *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, IV.
- SCOCA F.G. – D'ORSOGNA M., *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di SCOCA F.G., Torino, 2008.
- SCOCA S.S., *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.
- SEMENTILLI F., *I motivi aggiunti in appello: profili critici dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, VIII-IX.
- SERGES G., *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993.
- SICA M., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri officiosi*, in AA. VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo. Trento 5-6 ottobre 2012*, Napoli, 2013.
- SIGISMONDI G., *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, II.
- SIGISMONDI G., *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 2014, III.
- SIGISMONDI G., *Le impugnazioni*, in *Foro it.*, 2010, V.
- SIGISMONDI G., *Le nuove eccezioni nell'appello al Consiglio di Stato: tra autonomia del processo amministrativo e disciplina del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2001, III.
- SORACE S., *Note intorno al problema della individuazione della domanda giudiziale*, in *Scritti in memoria di F. Calasso*, Roma, 1967.
- SPIZZICHINO R., *I contributi e i limiti della più recente giurisprudenza tendenti al superamento delle lacune normative in tema di appello incidentale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, I.

- SQUAZZONI A., *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, I.
- STELLA RICHTER P., *Il giudizio di appello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972.
- TARZIA G., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1978.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010.
- TRAVI A., *Osservazioni a Cons. Stato*, sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963 e a *Cons. Stato*, 15 luglio 1998, n. 1045, in *Foro it.*, 1999, III.
- TRAVI A., *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo (Osservazioni a Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, e 13 aprile 2015, n. 4)*, in *Foro it.*, 2015, III.
- TREBASTONI D., *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2008, IV.
- TURRONI D., *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006.
- VACCA A., *La diatriba ancora aperta fra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello: alcune sintetiche considerazioni*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2006, I.
- VELLANI M., *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- VERDE G., *Domanda (principio della)*, voce in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989.
- VERDE G., *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1985, V.
- VILLATA R., *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, I.
- VILLATA R., *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, II.
- VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971.
- VILLATA R., *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Milano, 1982.
- VILLATA R., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado. (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, II.
- VIPIANA P.M., *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 1987.
- VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991.
- VIRGA P., *I tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1972.

VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

VIRGA P., *L'oggetto dell'appello amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982.

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1947.

ZITO A., *Le impugnazioni*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di SCOCA F. G., Torino, 2014.